Heft 39 [2441] 67. Jahrgang 24. September 1938

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Das Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden vom 17. August 1938

(RGBl. I, 1033)

Von Amtsgerichtsrat Dr. W. Breithaupt, Berlin (Reichsjustizministerium)

Um die Auswirkungen der Wirtschaftsnot zu beseitigen, die vor der Machtübernahme bestand, hat die Reichsregierung auf schuldrechtlichem Gebiet eine Reihe von Gesetzen erlassen, die die bestehenden Schuldverhältnisse in weitem Umfang neu geordnet haben. Das erste Gesetz dieser Art war das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. Juni 1933. Es folgten die Gesetze v. 24. Jan. und 27. Febr. 1935 und v. 2. Juli 1936, die eine allgemeine Ermäßigung der Zinssätze auf dem Kapitalmarkt herbeiführten. Gleichzeitig wurde in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden neu geregelt. In die Reihe dieser Gesetze, die auf dem Gebiet des Schuldrechts den Übergang von der liberalistischen zur nationalsozialistischen Wirtschaftsgestaltung eingeleitet haben, ordnet sich das Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden (SchuldBereinG.) ein. Es will nach seinem Vorspruch denen helfen, die in der vergangenen Notzeit wirtschaftlich zusammengebrochen sind und ihr Vermögen zur Befriedigung ihrer Gläubiger hingegeben haben: Sie sollen durch alte Schulden, die bei der erzwungenen Vermögensauflösung nicht getilgt werden konnten, nicht gehindert werden, sich eine neue Lebensstellung aufzubauen und zu einer angemessenen Lebenshaltung zu gelangen. Hierfür sieht das Gesetz freilich nicht eine staatliche Hilfe unter Einsatz öffentlicher Mittel vor. Es richtet vielmehr einen Appell an die Einsicht und die soziale Gesinnung der Gläubiger. Die Gläubiger alter Forderungen sollen selbst einsehen, daß sie von einem Schuldner, der seine Existenz verloren hat, nicht mehr erhalten können, als dieser in seiner jetzigen Lage unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen leisten kann.

Auf papierne Rechte, die aus der Zeit vor dem Zusammenbruch des Schuldners herrühren und heute keinen realen Wert mehr verkörpern, soll der Gläubiger freiwillig verzichten. Das bedeutet für den Gläubiger kein Opfer. Den ehrlichen und gewissenhaften Schuldner befreit es aber von einer schweren Last, die ihn jahrelang bedrückte und am Fortkommen hinderte. Allerdings geht das Gesetz noch einen Schritt weiter. Es mutet dem Gläubiger nicht nur zu, auf völlig wertlos gewordene Forderungen gegenüber den Opfern der Wirtschaftskrise zu verzichten. Darüber hinaus soll der Gläubiger einem Schuldner, der in der vergangenen Notzeit seine Existenz verloren hat, soviel belassen, als er braucht, um sich wieder eine gesicherte neue Lebensstellung zu schaffen. Zugleich soll der einzelne Gläubiger auf andere Gläubiger seines Schuldners Rücksicht nehmen, die vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus eine bevorzugte Berücksichtigung verdienen. Damit setzt sich die Erkenntnis durch, daß das einzelne Schuldverhältnis nicht isoliert für sich betrachtet werden darf, sondern daß es in den Rahmen des Gemeinschaftslebens hineingestellt ist. Gläubiger und Schuldner bilden eine Gefahrengemeinschaft. Die Schäden, die durch die vergangene wirtschaftliche Notzeit entstanden sind, sollen nicht von den schwächsten Schultern allein getragen, sondern in gerechter Weise zwischen den Beteiligten verteilt werden. Abgesehen von diesem Gedanken der Gefahrengemeinschaft liegt dem SchuldBereinG. noch ein anderer, für das deutsche Recht neuer Gedanke zugrunde. Das ist die Auffassung, daß die Verpflichtungen, die mit einem bestimmten wirtschaftlichen Unternehmen und mit einer bestimmten Lebensstellung des Schuldners zusammenhängen, auch rechtlich mit diesem Unternehmen und mit dieser Lebensstellung des Schuldners verbunden sind. Gerät der Schuldner schuldlos in wirtschaftliche Schwierigkeiten, so kann von ihm nach dieser Auffassung billigerweise nicht mehr verlangt werden, als daß er sein ganzes Vermögen, das die Grundlage seiner bisherigen Lebensstellung bildete, zur Befriedigung seiner Gläubiger hingibt. Hat er das getan, so sollen die alten Schulden ihn nicht hindern, sich eine neue Lebensstellung aufzubauen. Vielmehr werden die Forderungen der alten Gläubiger dadurch, daß der Schuldner das Vermögen, das bisher für diese Schulden haftete, den Gläubigern überantwortet hat, zu Forderungen minderen Rechts. Das Vermögen, das der Schuldner in einer neuen Lebensstellung neu erwirbt, soll in erster Linie für die mit dieser neuen Lebensstellung verbundenen Verpflichtungen haften. Zur Befriedigung der alten Gläubiger soll es nur insoweit herangezogen werden, als dies möglich ist, ohne die neue Existenz des Schuldners zu gefährden.

Diese neuen Rechtsgedanken, die in dem SchuldBereinG. ihren Niederschlag gefunden haben, sind jedoch nach dem Gesetz nur zu verwenden, um für einen bestimmten, begrenzten Kreis von Fällen, die nach der Auffassung des Gesetzgebers besonders gelagert sind, zu einer angemessenen Regelung der alten Schulden zu kommen. Es bedarf deshalb im Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung, ob die Voraussetzungen, die das Gesetz für die Bereinigung alter Schulden in persönlicher und sachlicher Hinsicht aufstellt, tatsächlich gegeben sind.

Anwendungsbereich des Gesetzes

Zwei Gruppen von Fällen sind zu unterscheiden: die, in denen der Schuldner seine Existenz verloren hat, und die Fälle, in denen der Schuldner nur den Grundbesitz eingebüßt hat, der ihm früher gehörte.

Schuldenbereinigung wegen Existenzverlusts

Für die erste Gruppe gilt § 1 Abs. 1. Danach haben solche Schuldner auf eine Schuldenbereinigung Anspruch, die infolge der Wirtschaftsnot vor der Machtübernahme oder infolge ihres Einsatzes für die Bewegung bei der Ausübung eines selbständigen Berufs wirtschaftlich zusammengebrochen sind. Unter Schuldnern, die einen selbständigen Beruf ausgeübt haben, sind nach der Aufzählung in der amtlichen

Erläuterung des Gesetzes (DJ. 1938, 1334), insbesondere frühere Bauern und Landwirte, Kaufleute, Handwerker, Schiffer und sonstige Gewerbetreibende zu verstehen. Wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes vorliegen, können ferner auch Angehörige freier Berufe für die Schuldenbereinigung in Betracht kommen.

Für juristische Personen und Personalgesellschaften sieht das Gesetz ein Schuldenbereinigungsverfahren nicht vor. Dagegen ist eine Schuldenbereinigung bei den einzelnen Gesellschaftern einer früheren OHG. oder KommGes. möglich. Denn soweit die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden persönlich haften, wird der Zusammenbruch der Gesellschaft in der Regel auch gleichzeitig den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Gesellschafter mit sich bringen. Daß auch der Gesellschafter einer OHG. einen selbständigen Beruf ausübt, bedarf nicht der Erörterung.

Darüber, ob ein Schuldner wirtschaftlich zusammengebrochen ist, wird in der Regel kein Streit entstehen, da sich dies aus den Umständen ohne weiteres ergeben wird. Dagegen wird es oft zweifelhaft sein, ob der Zusammenbruch eine Folge der allgemeinen Wirtschaftslage war oder ob er auf andere Ursachen zurückzuführen ist. Bei der Entscheidung hierüber ist zu berücksichtigen, daß auch bei einer allgemeinen Erschütterung des Wirtschaftslebens in erster Linie diejenigen Unternehmen zusammenbrechen, die aus irgendwelchen besonderen Gründen weniger krisenfest als andere sind. Das kann z. B. darauf beruhen, daß die Wettbewerbsbedingungen für den Einzelbetrieb wegen seines schlechten Standorts oder wegen besonders hoher Geschäftsunkosten ungünstig sind. Die Gründe können aber auch persönlicher Art sein, z. B. auf Krankheit, Unglücksfälle oder vorsätzliche Schädigung durch Dritte zurückzuführen sein. Ein Zusammenbruch infolge der allgemeinen Wirtschaftsnot liegt jedenfalls schon dann vor, wenn sich der Betriebsinhaber in einer gesunden Wirtschaft trotz der bei ihm besonders ungünstigen Arbeitsbedingungen hätte über Wasser halten können. Es genügt mit anderen Worten, wenn die allgemeine Wirtschaftsnot eine der Ursachen des Zusammenbruchs war. Daß in diesem Punkt eine engherzige Auslegung des Gesetzes nicht am Platze ist, ergibt im übrigen auch § 8 Abs. 2. Nach dieser Vorschrift braucht der Richter darüber, ob die allgemeine Wirtschaftsnot den Zusammenbruch des Schuldners verursacht hat, Ermittlungen nur anzustellen, wenn Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß der Schuldner den Zusammenbruch durch unehrenhaftes oder leichtfertiges Verhalten selbst verschuldet hat. Hat sich der Schuldner unehrenhaft oder leichtfertig verhalten, so hat er auf eine Schuldenbereinigung nach § 1 Abs. 4 keinen Anspruch. Sind Anhaltspunkte dafür nicht gegeben, so darf der Richter bis zum Beweis des Gegenteils davon ausgehen, daß ein Zusammenbruch in der Zeit der allgemeinen Wirtschaftsnot durch diese Wirtschaftsnot verursacht ist.

Eine gewisse Vorsicht wird bei der Anwendung des § 8 Abs. 2 allerdings dann am Platze sein, wenn der Zusammenbruch des Schuldners erst nach dem 30. Jan. 1933 erfolgt ist. Bei dem schnellen Wirtschaftsaufschwung nach der Machtübernahme und bei den zahlreichen Schuldnerschutzmaßnahmen, die die nationalsozialistische Regierung alsbald getroffen hat, wird man bei einem Zusammenbruch im Jahre 1933 schon eher annehmen können, daß hier der Zusammenbruch mit der allgemeinen Wirtschaftsnot vor der Machtübernahme nicht in Zusammenhang steht.

Daß ein Schuldner wegen seines Einsatzes für die Bewegung wirtschaftlich zusammengebrochen ist, kann auf zwei verschiedenen Gründen beruhen. Einmal ist es möglich, daß ein Schuldner, weil er Nationalsozialist war, boykottiert worden ist und seinen Betrieb infolge des Boykotts nicht aufrechterhalten konnte. Daneben ist noch der Fall in Betracht zu ziehen, daß ein Nationalsozialist wegen seines politischen Kampfes in wirtschaftliche Bedrängnis geraten ist, etwa weil er beim Kampf mit den Feinden der Bewegung verwundet oder aus politischen Gründen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Hat der Richter im Einzelfall zu prüfen, ob ein Schuldner wegen seines Einsatzes für die Bewegung wirtschaftlich zusammengebrochen ist, so wird er dabei zweckmäßig stets dem zuständigen Hoheitsträger der Partei Gelegenheit zur Äußerung geben.

Zusammenbrüche, die erst nach dem 1. Jan. 1934 erfolgt sind, rechtfertigen die Anwendung des SchuldBereinG. nicht. Diesen Stichtag hat der Gesetzgeber offenbar in der Annahme gewählt, daß ein Zusammenbruch nach diesem Zeitpunkt in der Regel nicht mehr auf die allgemeine Wirtschaftsnot in der Systemzeit oder auf den Einsatz des Schuldners für die Bewegung zurückgeführt werden kann. Die Frage, in welchem Zeitpunkt ein Schuldner „wirtschaftlich zusammengebrochen" ist, läßt sich nicht allgemein beantworten. Bei einem kaufmännischen Unternehmen z. B. wird es genügen, wenn der Unternehmer vor dem 1. Jan. 1934 zahlungsunfähig geworden und deshalb der Konkurs eröffnet worden ist. Das Konkursverfahren, das unter Umständen geraume Zeit dauern kann, braucht nicht vor dem 1. Jan. 1934 zum Abschluß gekommen zu sein.

Ein dem Endtermin v. 1. Jan. 1934 entsprechender Anfangstermin für die Anwendung des Gesetzes ist nicht vorgesehen. Zusammenbrüche vor dem Ende der Inflationszeit kommen aber praktisch kaum in Betracht, weil die aus einem solchen Zusammenbruch zurückgebliebenen Schulden zumeist der Geldentwertung zum Opfer gefallen sind und deshalb den Schuldner heute nicht mehr belasten.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ist Voraussetzung für die Schuldenbereinigung, daß der Schuldner die wirtschaftliche Grundlage seiner selbständigen Lebenshaltung infolge von Zwangsmaßnahmen seiner Gläubiger zu deren Befriedigung hingegeben hat. Unter der „wirtschaftlichen Grundlage einer selbständigen Lebenshaltung" ist dasjenige Vermögen zu verstehen, auf dem sich die selbständige Existenz des Schuldners aufbaute. Daß der Schuldner bei seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch seine sämtlichen Vermögenswerte ohne Ausnahme eingebüßt hätte, fordert das Gesetz nicht. Es wird dies freilich die Regel bilden, weil die Gläubiger bei dem Zusammenbruch eines Unternehmens begreiflicherweise bestrebt sind, ihre Befriedigung aus allen greifbaren Vermögensstücken des Schuldners zu suchen. Immerhin ist es denkbar, daß z. B. der frühere Inhaber eines kaufmännischen Unternehmens aus seinem Zusammenbruch etwa ein Hausgrundstück gerettet hat, weil es in Höhe des voraussichtlichen Versteigerungserlöses belastet war und deshalb den Geschäftsgläubigern kein geeignetes Zugriffsobjekt zu sein schien. Im Falle des Konkurses kann dem Schuldner ein Hausgrundstück auch deshalb verblieben sein, weil es der Konkursverwalter als überlastet aus der Konkursmasse freigegeben hat. Daß sich der Schuldner auf diese oder ähnliche Weise den Besitz einzelner Vermögensstücke erhalten hat, dürfte der Anwendung des SchuldBereinG. nicht entgegenstehen.

Andererseits wird man allerdings von einer Vermögenshingabe nur dann sprechen können, wenn der Schuldner in seiner selbständigen Lebensstellung reale Werte besessen hat, die als Zugriffsobjekte für seine Gläubiger dienen konnten. Das ist in der Regel nicht der Fall bei einem Schuldner im freien Beruf oder einem Makler, der kein nennenswertes Kapital, sondern im wesentlichen nur seine Arbeitskraft für sein Unternehmen eingesetzt hatte und im übrigen vorwiegend unpfändbare Gegenstände besaß. Ein solcher Schuldner kann zwar, etwa weil er von einem seiner Gläubiger zum Offenbarungseid geladen wurde, zur Aufgabe seiner selbständigen Lebensstellung gezwungen worden sein. Gleichwohl dürften die Voraussetzungen für eine Schuldenbereinigung nach § 1 Abs. 1 nicht gegeben sein.

Ebensowenig ist das SchuldBereinG. anwendbar auf solche Fälle, in denen ein Schuldner einen selbständigen Betrieb, der ihm früher gehörte, freiwillig veräußert hat, ohne daß er durch Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger dazu gedrängt worden wäre. § 1 Abs. 1 Satz 2 fordert vielmehr, daß der Existenzverlust die Folge bestimmter Vollstreckungsakte, nämlich der Konkurseröffnung, der Anordnung der Zwangsversteigerung oder gehäufter Mobiliarvollstreckun-

gen war. Hierbei erfaßt das Gesetz, wie die amtliche Erläuterung hervorhebt, allerdings auch den Fall, daß der Schuldner nach der Anordnung der Zwangsversteigerung seinen Grundbesitz auf das Drängen der Gläubiger hin freihändig verkauft hat, um die Kosten zu verringern und einen besseren Preis zu erzielen.

Sachlich erfaßt die Schuldenbereinigung bei den früher selbständig gewesenen Opfern der Wirtschaftskrise alle Schulden, die aus der Zeit vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners stammen. Auf den Schuldgrund kommt es dabei nicht an. Auch Forderungen des öffentlichen Rechts fallen unter das Gesetz (amtl. Erläuterung DJ. S. 1335/36). Fraglich kann sein, wann eine Forderung aus der Zeit vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stammt. Man wird grundsätzlich davon auszugehen haben, daß hierunter die Forderungen fallen, die zu einer Zeit entstanden sind, in der der Gläubiger noch Befriedigung aus dem früheren Vermögen des Schuldners suchen konnte. Im Falle des Konkurses wären danach „alte Forderungen" diejenigen, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, im Falle der Zwangsversteigerung der Betriebsgrundstücke diejenigen aus einer Zeit, in der noch ein Beitritt zu dem Zwangsversteigerungsverfahren möglich war. Ist der Schuldner lediglich infolge einer Häufung von Mobiliarvollstreckungen zusammengebrochen, so läßt sich ein ähnlich bestimmter Zeitpunkt für die Abgrenzung kaum finden. Es wird hier wohl auf den Zeitpunkt abzustellen sein, in dem es dem Schuldner unmöglich wurde, seinen Betrieb in der bisherigen Form fortzusetzen. Dieser Zeitpunkt wird sich freilich in manchen Fällen heute kaum mehr auf den Tag genau festlegen lassen. Das wird aber auch nicht unbedingt notwendig sein. Denn die Schuldenbereinigung soll ja lediglich die Anpassung der Schuldenlast an die Leistungsfähigkeit des Schuldners herbeiführen. Dabei läßt das Gesetz, wie unten noch näher auszuführen ist, in der Behandlung der einzelnen Forderungen dem billigen Ermessen den weitesten Spielraum. Deshalb ist es wohl zu verantworten, solche Schulden, die den Schuldner seit langer Zeit belasten, ohne eine kleinliche Untersuchung über den Zeitpunkt der Entstehung in das Schuldenbereinigungsverfahren hereinzuziehen. Übrigens werden gerade bei solchen Schulden, die der Schuldner in der für ihn kritischen Zeit gemacht hat, vielfach die Voraussetzungen gegeben sein, die eine bevorzugte Behandlung der Forderung des betreffenden Gläubigers in der Schuldenbereinigung rechtfertigen.

Praktisch bedeutsam ist die Frage, inwieweit Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen als „alte Forderungen" im Sinne des § 1 Abs. 3 anzusehen sind. Die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche, insbesondere die der ehelichen und unehelichen Kinder, sind vom Gesetz so ausgestaltet, daß sie auf Grund des familienrechtlichen Angehörigkeitsverhältnisses fortlaufend neu entstehen (vgl. § 3 Abs. 2 KO. und Jäger, Anm. 34 f. zu § 3 KO.). Sie können deshalb nur insoweit als alte Schulden angesehen werden, als es sich um die vor dem Zusammenbruch des Schuldners fällig gewordenen Unterhaltsbeträge handelt. Dagegen wird man die auf Rechtsgeschäft beruhenden Unterhaltsansprüche und die Unterhaltsansprüche aus unerlaubter Handlung als einheitliche Ansprüche anzusehen haben. Solche Ansprüche, die auch im Konkurs im vollen Umfang Konkursforderungen sind, dürften deshalb auch im vollen Umfang „alte Forderungen" sein, wenn sie vor dem Zusammenbruch des Schuldners begründet worden sind (vgl. Jäger, Anm. 42, 43 zu § 3 KO.). Zinsforderungen werden — abweichend von der Regelung in § 63 KO. — wie die Hauptforderung zu behandeln sein. Ist die Hauptforderung vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners entstanden, so werden also auch die für die Zeit nach dem Zusammenbruch geschuldeten Zinsen im vollen Umfang von der Schuldenbereinigung erfaßt. Das ist schon aus praktischen Gründen unbedingt notwendig, weil die Opfer der Wirtschaftskrise gerade durch die laufenden meist hohen Zinsen der alten Forderungen besonders belastet werden. Im übrigen ergibt sich dies auch aus § 5 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes, wo gerade die Regelung der Zinsfrage als wesentlicher Teil der richterlichen Schuldenbereinigung besonders hervorgehoben wird.

Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn alte Schulden in ein Kontokorrent eingestellt sind. Ein Schuldposten, der aus der Zeit vor dem Zusammenbruch des Schuldners stammt, wird zwar dadurch, daß er in einem Saldo enthalten ist, den der Schuldner in der Zeit nach seinem Zusammenbruch anerkannt hat, sicher nicht den Charakter als „alte Schuld" verlieren. Die gegenteilige Auffassung wäre mit Sinn und Zweck des SchuldVereinG. schwerlich zu vereinbaren. Es fragt sich aber, wie zu verfahren ist, wenn auf dem Konto nach dem wirtschaftlichen Zusammenbruch noch Bewegungen stattgefunden haben, wenn, von Zinsen und Kosten abgesehen, neue Schuldposten hinzugekommen sind und der Schuldner andererseits auch Zahlungen geleistet hat, die ihm gutgeschrieben worden sind. Wie ist hier der Anteil der alten Schulden an dem neuen Saldo zu Lasten des Schuldners zu errechnen? Das RG. hat für ähnliche Fälle die Lehre von der „verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung" entwickelt (vgl. RGZ. 132, 218 = JW. 1931, 2429[2] [m. Anm.]). Die Lehre hat aber in der Praxis Widerspruch gefunden, weil sie mit den tatsächlichen Buchungsvorgängen nicht im Einklang stehe (vgl. Göppert: ZHR. 102, 191 f.). Für die landwirtschaftliche Schuldenregelung hat die Gemeinschaftliche Richtlinie 52 — AME. 165, 44; DJ. 1935, 1172 — bestimmt, daß, wenn die Parteien nicht eine Vereinbarung gemäß § 366 Abs. 1 BGB. getroffen haben, die Aktivposten auf diejenigen Verbindlichkeiten des Betriebsinhabers zu verrechnen sind, die in dem gleichen Kalenderjahr entstanden sind. Ob etwa bei der Schuldenbereinigung das Bedürfnis für eine ähnliche Sonderregelung besteht, läßt sich zur Zeit wohl noch nicht übersehen.

Schuldenbereinigung wegen der Hingabe von Grundstücken

Neben den früher selbständig gewesenen Existenzen, von denen bisher die Rede war, stehen nach § 1 Abs. 2 diejenigen Schuldner, die infolge der allgemeinen Wirtschaftsnot oder des Einsatzes für die Bewegung zwar nicht ihre Lebensstellung, aber ihren Grundbesitz verloren haben. Ist der Verlust die Folge der Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens gewesen und vor dem 1. Jan. 1934 eingetreten, so kann der frühere Grundeigentümer eine Vereinigung der Schulden erlangen, die an dem früheren Grundbesitz durch ein Grundpfandrecht gesichert waren oder durch diesen Grundbesitz verursacht sind. Durch den Grundbesitz verursacht sind nach der amtlichen Erläuterung Schulden, die von dem Erwerb, der Bebauung, dem Besitz und der Erhaltung des Grundstücks herrühren. Der Kreis der „alten Schulden", die von der Schuldenbereinigung erfaßt werden, ist hier also anders gezogen als in den Fällen des völligen Existenzverlusts.

Von der Schuldenbereinigung ausgeschlossene Schuldner

Schuldner, die wegen unehrenhaften oder leichtfertigen Verhaltens nicht schutzwürdig sind, haben nach § 1 Abs. 4 auf eine Schuldenbereinigung keinen Anspruch. Das gleiche gilt für Schuldner, bei denen aus einem anderen Grunde ein Schutz dem gesunden Volksempfinden widersprechen würde. Als Beispiel hierfür führt die amtliche Erläuterung (DJ. S. 1336) an, daß ein Schuldner sich noch nach der Machtübernahme kommunistisch betätigt und sich dadurch außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt hat. Bei der Prüfung der Frage, ob im Einzelfall § 1 Abs. 4 der Schuldenbereinigung entgegensteht, soll der Richter nach der AV. des RJM. v. 18. Aug. 1938 — DJ. S. 1339 — verschiedenen Stellen, insbesondere der unteren Verwaltungsbehörde, dem Kreisleiter der NSDAP. und der für den Schuldner zuständigen berufsständischen Organisation Gelegenheit zur Äußerung geben.

Auf jüdische Schuldner findet das SchuldVereinG. keine Anwendung. Dies gilt auch für die jüdischen Mischlinge, die nach § 5 der 1. VO. zum RBürgG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) den Juden gleichstehen.

Wesen der Schuldenbereinigung

Das Ziel der Schuldenbereinigung ist es, die Gesamtheit der alten Schulden, die einen Schuldner noch belasten, seiner Leistungsfähigkeit anzupassen (§ 2 Abs. 1). Wie dieses Ziel zu erreichen ist, schreibt das Gesetz für die Schuldenbereinigung im Wege der freiwilligen Einigung zwischen den Beteiligten nicht im einzelnen vor. Dagegen gibt das Gesetz für die richterliche Schuldenbereinigung in § 5 Abs. 3 Richtlinien, die auch für die gütliche Schuldenbereinigung richtungweisend sind. Danach soll einmal die Verzinsung der alten Forderungen in angemessener Weise geregelt werden. Wie schon hervorgehoben, sind die Zinssätze bei den alten Forderungen häufig nach der heutigen Auffassung unangemessen hoch. Es kann deshalb für den Schuldner bereits eine große Erleichterung bedeuten, wenn die Zinsen — und zwar auch die bereits fällig gewordenen — auf einen angemessenen Satz ermäßigt werden. Neben der Zinsermäßigung kommt als weitere Maßnahme zur Schuldenbereinigung die Stundung fälliger Schulden und die Festsetzung von Teilzahlungen in Betracht. Es muß in jedem Fall geprüft werden, ob bereits mit diesen Mitteln das Ziel der Schuldenbereinigung erreicht werden kann. Dabei wird sich freilich oft genug ergeben, daß auf diesem Wege allein die Belastung des Schuldners seiner Leistungsfähigkeit nicht angepaßt werden kann. Dann bleibt nur ein letztes Mittel übrig, nämlich die Kürzung der Forderungen. Dabei stellt § 5 Abs. 3 den Grundsatz auf, daß dem Schuldner von der Gesamtheit der alten Schulden in der Regel soviel erlassen werden soll, als er nach Lage seiner Verhältnisse auch im Wege von Teilzahlungen in 10 Jahren nicht abtragen kann.

Der Betrag, den der Schuldner zur Tilgung der alten Schulden zu verwenden hat, ist nicht in der Weise zu bestimmen, daß dem Schuldner nur soviel verbleibt, als er braucht, um notdürftig sein Leben zu fristen. Vielmehr soll der Schuldner nach § 2 Abs. 1 Satz 3 von einem neuen Einkommen oder Vermögen nur soviel zur Tilgung der alten Schulden verwenden, als „die Bedürfnisse einer angemessenen Lebenshaltung übersteigt". Welche Lebenshaltung angemessen ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Ist es dem Schuldner, der in der Notzeit seine Existenz verloren hatte, gelungen, heute wieder eine neue Lebensstellung zu finden, so beurteilt sich die Angemessenheit nach der Stellung, die der Schuldner heute bekleidet. Dabei darf freilich nicht vergessen werden, daß für einen Volksgenossen, der mit Schulden belastet ist, eine bescheidenere Lebenshaltung angemessen sein kann als für einen anderen in der gleichen Lebensstellung, der keine Schulden hat. Dies gilt vor allem dann, wenn unter den Gläubigern solche sind, die sich selbst in Not befinden. Solchen Gläubigern gegenüber kann sich ein Schuldner, der z. B. Beamter geworden ist, nicht etwa darauf berufen, daß er ja vom Staat nur das seiner Stellung entsprechende „angemessene" Gehalt bekomme und daher nichts abgeben könne. Sind einzelne Gläubiger selbst in Not, so wird sich der Schuldner vielmehr auch weitgehende Einschränkungen auferlegen müssen, um mindestens einen Teil der alten Schuld zu tilgen. Das gleiche gilt, wenn sich unter den alten Schulden „Ehrenschulden" befinden, z. B. ein Darlehen, das ein Verwandter oder ein Gefolgschaftsmitglied dem Schuldner auf dessen ständige Bitten hin noch kurz vor dem Zusammenbruch gegeben hat. Hier wird der Schuldner auch dann alle verfügbaren Mittel zur Rückzahlung des Darlehens zu verwenden haben, wenn der Darlehensgeber nicht gerade in Not ist, aber das Geld z. B. zur Ausbildung seiner Kinder oder zu ähnlichen Zwecken braucht. Freilich wird dem Schuldner wohl in der Regel wenigstens der unpfändbare Teil seines Einkommens zu belassen sein. Denn das SchuldVereinG. will ja den Opfern der Wirtschaftskrise helfen und ihre Lage gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht verschlechtern.

Im übrigen ist zu beachten, daß nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Auffassung die ausgefallenen alten Forderungen erst in zweiter Linie zum Zuge kommen. Die laufenden Verpflichtungen, die der Schuldner in seiner neuen Lebensstellung zu erfüllen hat, sind grundsätzlich in erster Linie zu berücksichtigen und gehen den alten Forderungen vor.

Die Leistungsfähigkeit des Schuldners ist, wie die amtliche Erläuterung zu § 2 (DJ. S. 1336) hervorhebt, nach seiner gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage zu beurteilen. Ist eine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse in der Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, so soll sie mitberücksichtigt werden. Bei einem Beamten kann z. B. von vornherein in Betracht gezogen werden, daß er auf Grund der Zahl seiner Dienstjahre in höhere Gehaltsstufen aufrückt. Eine Beförderung wird dagegen in der Regel als ein ungewisses Ereignis angesehen werden müssen. Für diesen Fall wird man deshalb im allgemeinen höchstens eine erneute Prüfung der Schuldenbereinigung gemäß § 8 Abs. 5 in Aussicht nehmen können.

Nach der amtlichen Erläuterung ist bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Schuldners ferner zu berücksichtigen, ob der Schuldner etwa eine vermögende Ehefrau oder begüterte Verwandte hat, die ihn unterstützen. Auf diese Unterstützung mag der Schuldner zwar keinen rechtlichen Anspruch haben. Gleichwohl kann es dem gesunden Volksempfinden widersprechen, wenn ein Schuldner infolge solcher Unterstützungen ein auskömmliches Leben führt und nur für die Bezahlung seiner Schulden kein Geld haben will. Ähnlich liegt der Fall, wenn die Ehefrau und die im Elternhaus lebenden Kinder mit verdienen und dadurch die wirtschaftliche Lage des Schuldners günstiger gestaltet wird.

Hat der in der allgemeinen Notzeit existenzlos gewordene Schuldner bisher noch keine neue Lebensstellung, sondern nur eine Aushilfstätigkeit gefunden, so wird man ihm u. U. zubilligen müssen, von seinem jetzigen Arbeitseinkommen auch gewisse Ersparnisse zu machen, mit denen er sich eine seinen Fähigkeiten entsprechende neue Lebensstellung aufbauen kann. Freilich ist es in vielen Fällen aus persönlichen und allgemeinwirtschaftlichen Gründen unmöglich, daß der Schuldner wieder die gleiche selbständige Stellung erhält, die er früher gehabt hat. Damit, daß der Schuldner häufig nur eine bescheidenere Lebensstellung als früher erhalten kann, muß er sich abfinden.

Hat der Schuldner bisher eine neue Arbeitsstelle überhaupt nicht gefunden, sei es, weil ihn die alten Schulden daran hinderten oder weil er aus persönlichen Gründen — Alter, Krankheit — für eine andere Tätigkeit nicht in Betracht kam, so wird er häufig zu irgendwelchen Leistungen an die Gläubiger alter Forderungen mindestens zur Zeit außerstande sein. Besteht die Möglichkeit, daß sich die Lage des Schuldners später bessern wird, so kommt ein erneutes Prüfungsverfahren nach § 8 Abs. 5 in Betracht. Ist das nicht der Fall, so kann die Schuldenbereinigung nur in restloser Streichung aller alten Schulden bestehen, die hier ohnedies keinen Wert mehr verkörpern.

Ist der Schuldner begrenzt leistungsfähig, so fragt es sich, welchen Gläubigern alter Schulden die Leistungen, die der Schuldner erbringen kann, in erster Linie zugute kommen sollen. Nach § 2 Abs. 2 ist dafür die Bedürftigkeit der einzelnen Gläubiger und außerdem die soziale Bedeutung der Forderung entscheidend. Lohnforderungen von Gefolgschaftsmitgliedern und Werklohnforderungen kleiner Handwerker sind gegenüber den Forderungen der Großgläubiger also auch dann bevorzugt zu berücksichtigen, wenn sich das einzelne Gefolgschaftsmitglied oder der Handwerker nicht gerade in Not befindet. Ob die einzelnen bevorzugten Gläubiger gleichzeitig oder nacheinander befriedigt werden sollen, läßt sich nur nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit des Schuldners im Einzelfall entscheiden.

Die Gläubiger, bei denen keine Gründe für eine bevorzugte Berücksichtigung sprechen, wird man bei der Schuldenbereinigung wie im Konkurs möglichst gleich behandeln. Eine im Vergleich zu den übrigen ungünstigere Behandlung dürften aber die Gläubiger verdienen, die sich durch rücksichtslose Zwangsvollstreckung in ein neues Einkommen des Schuldners bereits teilweise Befriedigung verschafft haben. Forderungen, die von dritter Seite nach dem Zusammenbruch des Schuldners für billiges Geld aufgekauft worden

sind, wird man billigerweise nur in Höhe des Erwerbspreises berücksichtigen.

Mitschuldner und Bürgen

Die Frage, welche Rückwirkungen eine Entschuldung des Hauptschuldners auf Mitschuldner und Bürgen haben soll, hat bei der landwirtschaftlichen Schuldenregelung besondere Schwierigkeiten bereitet. Bei der Vereinigung alter Schulden werden diese Schwierigkeiten nicht so groß sein. Denn wenn ein Schuldner im Jahre 1931 oder 1932 wirtschaftlich zusammengebrochen ist und damals seine Existenz verloren hat, wird der Gläubiger in der Regel zahlungsfähige Mitschuldner und Bürgen längst in Anspruch genommen haben. Die Fälle, in denen das nicht geschehen ist, werden praktisch nicht allzu häufig sein. Für diese Fälle stellt § 3 den Grundsatz auf, daß die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Mitschuldner einer alten Forderung und gegenüber dem Dritten, der dem Gläubiger ein Pfand oder eine sonstige Sicherheit gegeben oder die Bürgschaft für den Schuldner übernommen hat, durch die Schuldenbereinigung nicht berührt werden. Der Gläubiger kann den Dritten also wie beim Zwangsvergleich (§ 193 KO.) weiter in Anspruch nehmen ohne Rücksicht darauf, welche Behandlung die alte Forderung gegenüber dem Hauptschuldner bei der Schuldenbereinigung erfährt. Dieser Grundsatz kann freilich nicht ohne Ausnahme gelten. In besonderen Fällen kann der Mitverpflichtete entlastet werden, wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden (§ 3 Abs. 1 Satz 2). Die amtliche Erläuterung führt als Beispiel an, daß sich ein Verwandter für den Schuldner verbürgt hat, um diesen vor weiteren Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers zu schützen und der Verwandte selbst in Not geraten würde, wenn der Gläubiger nunmehr ihn in Anspruch nimmt. Darüber hinaus kann eine Entlastung des Bürgen auch sonst angezeigt sein, wenn ein Dritter die Bürgschaft für eine alte Schuld erst nach dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners übernommen hat. Denn hier wird es sich häufig um Schulden gegenüber Gläubigern handeln, die in rücksichtsloser Weiser versucht haben, in ein neues Einkommen des Schuldners zu vollstrecken, während andere Gläubiger, die mehr Verständnis für die Lage des Schuldners zeigten, die Forderung längst abgeschrieben hatten. Solchen rücksichtslosen Gläubigern gegenüber wird oft auch der Bürge Schutz verdienen.

Die Rückgriffsforderung des Mitverpflichteten gegenüber dem Hauptschuldner ist nach § 3 Abs. 2 ebenso wie alte Forderungen anderer Gläubiger zu behandeln, wenn der Dritte die Mitverpflichtung in der Zeit vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners übernommen hatte. Auf den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger den Mitverpflichteten in Anspruch genommen hat, kommt es hierbei nicht an. Hat der Dritte die Mitverpflichtung erst nach dem Zusammenbruch des Schuldners übernommen, so wird eine etwaige Rückgriffsforderung des Mitverpflichteten gegen den Hauptschuldner von der Schuldenbereinigung nicht erfaßt. Von dieser Rückgriffsforderung kann der Schuldner im Schuldenbereinigungsverfahren also nicht entlastet werden. Unbilligkeiten werden sich daraus wohl im allgemeinen nicht ergeben, weil in diesen Fällen, wie oben ausgeführt, häufig eine Entlastung des Dritten von der Mitverpflichtung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 angezeigt ist. Soweit der Dritte selbst befreit wird, kann eine Rückgriffsforderung gegen den Schuldner nicht zur Entstehung kommen.

Das Verfahren bei der Schuldenbereinigung

Das Verfahren kann im Rahmen dieses Aufsatzes, der nur einen Überblick über die allgemeinen Grundsätze der Schuldenbereinigung geben will, nicht im einzelnen behandelt werden. Ich darf insoweit auf das Gesetz selbst und seine amtliche Erläuterung — DJ. 1938, 1334 — verweisen. Im folgenden seien nur die Grundzüge des Verfahrens angedeutet.

Ebenso wie das HypZinsG. v. 2. Juli 1936 stellt das SchuldVereinG. die gütliche Einigung der Beteiligten in den Vordergrund. Der Schuldner soll sich mit den Gläubigern der alten Forderungen selbst in Verbindung setzen und ihnen einen Vorschlag zur Schuldenbereinigung machen. An die Gläubiger selbst richtet der Gesetzgeber den Appell, für die Notwendigkeit der Schuldenbereinigung Verständnis zu zeigen und auf alte Forderungen ohne realen Wert zu verzichten. Wenn der Versuch der gütlichen Einigung nicht gelingt, oder wenn er aus besonderen Gründen (§ 4 Abs. 2) untunlich ist, kann der Schuldner den Richter um Vertragshilfe bitten. Kann auch der Richter eine Einigung nicht zustande bringen, so soll er durch seine Entscheidung die Rechtsbeziehungen der Beteiligten so gestalten, daß ein dem Sinn des Gesetzes entsprechendes zweckmäßiges und gerechtes Ergebnis erzielt wird (§ 5 Abs. 3).

Auch außerhalb eines Schuldenbereinigungsverfahrens kann der Richter eine alte Schuld insoweit als erloschen erklären, als der Gläubiger bei der Weiterveräußerung eines Grundstücks oder eines Schiffs, das früher dem Schuldner gehörte und das der Gläubiger ersteigert hat, einen Gewinn erzielte (§ 6).

Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat (§ 7). Das für den Schuldner zuständige Gericht ist auch für eine etwaige Entlastung des Bürgen nach § 3 Abs. 1 Satz 2 zuständig. Der Reichsminister der Justiz kann nach § 7 Abs. 2 einem Amtsgericht die Zuständigkeit für die Bezirke mehrerer Amtsgerichte übertragen. Von dieser Befugnis hat er jedoch bisher keinen Gebrauch gemacht.

Das Verfahren bestimmt sich im übrigen nach dem FGG. Doch soll über die Schuldenbereinigung tunlichst mündlich verhandelt werden (§ 8 Abs. 1).

Der Richter soll die Schuldenbereinigung grundsätzlich sogleich abschließend regeln. Nur wenn die für die Entscheidung wesentlichen wirtschaftlichen Verhältnisse eines der Beteiligten schlechterdings nicht zu übersehen sind, kann sich der Richter die erneute Prüfung in einem späteren Zeitpunkt vorbehalten (§ 8 Abs. 5). Auch von dem Vorbehalt der erneuten Prüfung abgesehen ist eine nachträgliche Ergänzung oder Änderung der Entscheidung in eng gezogenen Grenzen möglich (§ 9). Praktisch bedeutsam ist die Änderungsbefugnis vor allem für den Fall, daß der Schuldner die Verpflichtungen nicht erfüllt, die sich für ihn aus der Schuldenbereinigung ergeben.

Wichtig ist, daß der Schuldner bereits vor der Einleitung des gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens einen vorläufigen Vollstreckungsschutz erhalten kann (§ 10 Abs. 2). Dieser Vollstreckungsschutz soll es ihm ermöglichen, die Verhandlungen mit den Gläubigern in Ruhe zu führen. Bei der Bewilligung des vorläufigen Vollstreckungsschutzes wird der Richter Vorsicht üben müssen. Eine Vorprüfung in der Richtung, ob bei dem Antragsteller die Voraussetzungen für die Anwendung des SchuldVereinG. aller Voraussicht nach vorliegen, ist jedenfalls unumgänglich. Wollte der Richter davon absehen, so könnten böswillige Schuldner den vorläufigen Vollstreckungsschutz nach § 10 Abs. 2 leicht dazu benutzen, um auf diesem Wege in letzter Stunde eine sachlich ungerechtfertigte Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erreichen.

Die das Verfahren abschließenden Entscheidungen des Amtsgerichts können mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (§ 11 Abs. 1). Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu fördern, hat der Reichsminister der Justiz auf Grund des § 11 Abs. 1 Satz 3 die Zuständigkeit für die Beschwerdeentscheidung je einem Landgericht für den Bezirk eines Oberlandesgerichts übertragen (AV. v. 18. Aug. 1938 [DJ. 1938, 1340]). Gegen die Entscheidung des Landgerichts kann die weitere Beschwerde an das KG. oder das OLG. München eingelegt werden. Im Verfahren der weiteren Beschwerde kann die Staatsanwaltschaft mitwirken (§ 11 Abs. 3).

Die steuerlichen Folgen der Unterhaltsregelung bei Ehescheidung

Von Rechtsanwalt Dr. Werner Friedrich, München

I. Unterhaltsgewährung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung (§ 66 EheG.) 2446
II. Unterhaltsgewährung aus Billigkeitsgründen (§ 68 EheG.) 2448
III. Unterhaltsgewährung ohne gesetzliche Verpflichtung 2448
IV. Beiträge zum Unterhalt der Kinder (§ 79 EheG.) 2450
V. Unterhaltsverträge vor der Scheidung (§ 80 EheG.) 2451

*

In JW. 1937, 1685 ff. habe ich mich allgemein mit den steuerlichen Folgen von Rentenverträgen befaßt. In Ergänzung jener Ausführungen will ich hier die steuerlichen Folgen der verschiedenen Formen der Unterhaltsregelung bei Scheidung nach dem neuen EheG. v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807) darlegen, da diese Folgen in jedem Falle für die Beteiligten betragsmäßig von ziemlicher Bedeutung sind und daher von ihren Beratern wie auch von den Richtern beachtet werden müssen.

I. Unterhaltsgewährung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung (§ 66 EheG.)

Die gesetzliche Unterhaltspflicht unter geschiedenen Ehegatten ist in den §§ 66 ff. EheG. geregelt. Diese Bestimmungen werden als bekannt vorausgesetzt (vgl. hierzu auch Rexroth: JW. 1938, 2080/91). Entscheidungen bürgerlicher Gerichte in Ehesachen können von den Steuerbehörden nicht auf ihre Richtigkeit nachgeprüft werden (RFH.: StW. 1930 Nr. 350).

Die auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht gewährten Unterhaltsbeträge wirken sich steuerlich folgendermaßen aus.

1. Urkundensteuer

a) Urkundensteuerpflicht kann nur in Frage kommen, wenn über die Unterhaltsregelung ein besonderer Vertrag geschlossen wird. Die Steuerfragen bei Abschluß eines solchen Vertrages vor der Scheidung werden später unter V behandelt. Wird nach der Scheidung ein Vertrag geschlossen, so ist er urkundensteuerfrei, weil er die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zum Gegenstand hat (§ 4 Abs. 1 Ziff. 3 UrkStG.). Diese Tatsache der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht braucht nicht aus der Urkunde ersichtlich zu sein. Der Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht dient nicht mehr, was wesentlich über den nach dem Gesetz zu gewährenden „angemessenen" Unterhalt hinausgeht.

b) Soweit die Höhe des angemessenen Unterhalts durch die bürgerlichen Gerichte bereits festgestellt ist, sind die Steuerbehörden an diese Entscheidung gebunden (vgl. RFH.: StW. 1930 Nr. 350). Liegt eine solche Entscheidung nicht vor, so haben die Steuerbehörden selbständig über die Angemessenheit der Unterhaltsleistung zu entscheiden. „Angemessen" ist nach § 66 EheG. der den Lebensverhältnissen der Ehegatten entsprechende Unterhalt. Das heißt m. E., daß für die Angemessenheit die gemeinsame Lebensführung der Ehegatten, also der durchschnittliche jährliche Verbrauch der beiden Ehegatten während der Zeit ihres Zusammenlebens maßgebend ist. „Angemessen" ist dann ein etwas über die Hälfte dieses gemeinsamen Verbrauchs hinausgehender Betrag, da bei getrennter Lebensführung die Kosten der Lebenshaltung natürlich für den einzelnen höher sind. Von diesem so ermittelten, zum angemessenen Unterhalt notwendigen Betrag sind dann, wenn der Mann der Frau Unterhalt zu gewähren hat, die Einkünfte aus dem Vermögen der Frau abzuziehen und außerdem die Erträgnisse einer von ihr ausgeübten Erwerbstätigkeit. Der Mann ist zur Leistung des dann noch offen bleibenden Betrages verpflichtet. Übt die Frau keine Erwerbstätigkeit aus, so sind die Steuerbehörden m. E. nicht berechtigt, von sich aus anzunehmen, daß von ihr eine Erwerbstätigkeit nach den Umständen erwartet werden könne. Ebenso haben die Steuerbehörden nicht zu prüfen, ob der Unterhaltsverpflichtete zu einer Verminderung seiner Leistungen wegen Gefährdung seines eigenen Unterhalts (§ 67 EheG.), wegen sittlichen Verschuldens des Unterhaltsberechtigten (§ 73 EheG.) oder wegen Verwirkung (§ 74 EheG.) berechtigt wäre, solange der Verpflichtete nicht selbst eine Minderung seiner Leistungen aus einem dieser Gründe erreicht hat. Denn es kann nicht Aufgabe der Steuerbehörden sein, die persönlichen Verhältnisse der Steuerpflichtigen in dieser Richtung zu überwachen, zumal nach der Erfahrung anzunehmen ist, daß geschiedene Ehegatten sich gegenseitig nur selten mehr geben als unbedingt nötig ist. Der Beurteilung hinsichtlich der Angemessenheit sind jeweils die Nettobeträge nach Abzug aller steuerlichen und sonstigen Lasten zugrunde zu legen.

Hat die Ehefrau dem Mann Unterhalt zu gewähren, so ist für die Beurteilung der Angemessenheit ebenfalls von der Lebenshaltung während der Ehe auszugehen. Ist der Mann außerstande, sich selbst angemessen zu unterhalten, so ist die Frau verpflichtet, ihm den hierzu erforderlichen Betrag zu gewähren. Da man jedoch von jedem Mann erwarten kann, daß er stets bemüht ist, sich selbst zu unterhalten, so wird man eine gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Mann nur dann steuerlich anerkennen können, wenn der Mann ohne grobes Verschulden außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.

c) Wird die Unterhaltsleistung nicht in Form einer Rente, sondern in Form einer Kapitalabfindung gewährt (§ 70 Abs. 2 EheG.), so ist als angemessen ein Kapitalbetrag anzusehen, der sich aus der angemessenen Jahresleistung unter Anwendung der Kapitalisierungsvorschriften der §§ 15, 16 RBewG. i. Verb. m. § 76 RBewDurchfBest. errechnet. Die gesetzliche Unterhaltspflicht dauert zwar grundsätzlich bis zum Tode des Berechtigten (§§ 77, 78 EheG.), erlischt aber auch bei seiner Wiederverheiratung (§ 75 EheG.). Die Verpflichtung ist deshalb als eine solche von unbestimmter Dauer gemäß § 15 Abs. 2 RBewG. mit dem neunfachen des Jahreswertes zu bewerten, wenn sich nicht aus der Bewertung nach dem Lebensalter des Berechtigten ein niedrigerer Wert ergibt (vgl. RFH.: RStBl. 1930, 394). Dies ist nur der Fall, wenn der Berechtigte älter als 65 Jahre ist, da erst dann der Vervielfältiger des § 16 RBewG. unter 9 liegt.

d) Bei Bejahung der Urkundensteuerpflicht bezüglich eines Teils der Leistungen gilt das unter III, 1 Dargelegte. Der Vertrag ist dann so zu versteuern, als ob nur der über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinausgehende Teil zugesagt worden wäre.

2. Schenkungsteuer

a) Soweit die Unterhaltsbeträge zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht gegeben (oder vertraglich versprochen) werden, tritt keine Schenkungsteuerpflicht ein, da die Freiwilligkeit der Leistung fehlt. Wird ein wesentlich höherer Betrag zum Unterhalt gewährt, als auf Grund der bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsverpflichtung erforderlich wäre, so entsteht grundsätzlich für den überschießenden Betrag Schenkungsteuerpflicht, jedoch ist nicht in jeder entgegenkommenden Festsetzung der Höhe der Unterhaltsleistungen schon eine Schenkung zu erblicken (RFH.: StW. 1932 Nr. 1109 am Ende).

b) Die gesetzliche Unterhaltspflicht des aus seinem Verschulden geschiedenen Ehegatten geht auf Leistung des angemessenen Unterhalts. Die „Angemessenheit" bestimmt sich, wie oben unter 1, b bereits ausgeführt, nach der bisherigen Lebensstellung der Eheleute vor der Scheidung. Die Rechtsprechung des RFH. zu § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG., die als obere Grenze der „Angemessenheit" diejenige Lebenshal-

tung bezeichnet, die in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen üblich ist (vgl. meine Ausführungen in JW. 1937, 1685 unter I, 3), hat hier keine Geltung, weil das EheG. anders als § 18 Abs. 2 ErbschStG. die Angemessenheit der Unterhaltsleistung ausdrücklich nach der Lebensstellung der Ehegatten beurteilt wissen will (§ 66 EheG.).

c) Zweifel wegen der Schenkungsteuerpflicht könnten vielleicht entstehen, wenn der unterhaltsverpflichtete Ehegatte sich vertraglich zur Leistung eines bestimmten Unterhaltsbetrages unbedingt verpflichtet, wenn also die Höhe der späteren Unterhaltsleistungen nicht mehr davon beeinflußt wird, daß die unterhaltsberechtigte Ehefrau später vielleicht eigenes Vermögen erwirbt oder eine Erwerbstätigkeit ausübt, deren Erträgnisse sie für ihren Unterhalt aufwenden kann. Aber selbst wenn schon bei Vertragsabschluß die Wahrscheinlichkeit besteht, daß die zum angemessenen Lebensunterhalt erforderlichen Beträge durch die Unterhaltsleistungen des Verpflichteten und die eigenen Einkünfte des Berechtigten später einmal wesentlich überschritten werden, wird man niemals die Begründung eines Rentenstammrechtes annehmen und besteuern können, weil der Wille der Beteiligten in solchen Fällen nicht darauf gerichtet ist. Man wird vielmehr in dem Vertrag die Bestellung selbständiger Ansprüche auf die einzelnen Rentenbezüge sehen müssen, deren Besteuerung nur dann möglich ist, wenn sie im einzelnen Falle nicht mehr zur Ermöglichung des angemessenen Unterhalts notwendig sind (vgl. RFH. 4, 244; 8, 60). Gleiches gilt, wenn der unterhaltsberechtigten Frau die Zahlung der Rente vertraglich auch für den Fall ihrer Wiederverheiratung zugesagt wird.

d) Wird statt einer Rente eine Kapitalabfindung gezahlt (§ 70 Abs. 2 EheG.), so ist die Angemessenheit dieser Abfindung dadurch festzustellen, daß der Jahresbetrag, der vom Zeitpunkt der Zuwendung an gesehen voraussichtlich für die Zukunft zur Ermöglichung des angemessenen Unterhalts notwendig wäre, nach den Vorschriften der §§ 15, 16 RBewG., § 76 RBewDurchfBest. kapitalisiert wird (vgl. oben I, 1, c). Der wesentlich über diesen als angemessen anzusehenden Kapitalbetrag hinausgehende Teil der Abfindung ist dann schenkungsteuerpflichtig. Wegen der Steuerberechnung siehe unten III, 2, f und g.

3. Einkommensteuer

a) Der unterhaltsverpflichtete Ehegatte kann die Zahlungen von seinem steuerbaren Einkommen nicht abziehen (§ 12 Ziff. 2 EinkStG.), auch dann nicht, wenn er in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig ist (RFH.: RStBl. 1933, 585). Er kann jedoch unter Umständen die Berücksichtigung der Zahlungen als außergewöhnliche Belastung verlangen (§ 33 EinkStG.). Erforderlich für eine solche Berücksichtigung ist jedoch nicht nur die im Falle der Unterhaltsverpflichtung meist zu bejahende Notwendigkeit und Angemessenheit der Leistungen, sondern auch, daß sie für den Geber eine entsprechende Belastung darstellen (RFH.: StW. 1937 Nr. 28 und Veranlagungsrichtlinien für 1937 RStBl. 1938, 225). Das gleiche gilt für den Erben, auf den eine solche Verpflichtung nach § 78 EheG. übergeht (RFH.: RStBl. 1936, 862).

Wird die Rente in erster Linie als Gegenleistung für eine Leistung des Empfängers gewährt, etwa weil die gesetzlich unterhaltsberechtigte Frau gegen die Rente auf die Auseinandersetzung des Gesamtgutes verzichtet hat, so wird die Rente nicht mehr zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht gewährt und ist beim Leistenden nach § 10 Abs. 1 Ziff. 2 abziehbar (RFH. 34, 340; 43, 290).

Wird die Unterhaltsrente der schuldlos geschiedenen Ehefrau vertraglich auch nach ihrer Wiederverheiratung gewährt, so sind die Beträge, die nach der Wiederverheiratung geleistet werden, beim Verpflichteten abzugsfähig, da sie dann nicht mehr an eine grundsätzlich unterhaltsberechtigte Person erfolgen (RFH.: RStBl. 1933, 1008).

b) Der Leistungsempfänger braucht die Leistungen nicht als Einkommen zu versteuern, wenn der Verpflichtete in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist (§ 22 Ziff. 1c EinkStG.). Dabei ist unerheblich, ob der Leistende die Zuschüsse vielleicht falscherweise von seinem Einkommen absetzt oder ob er ihretwegen eine Ermäßigung der Einkommensteuer wegen besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse zugebilligt erhält. Auch für die Bürgersteuer des Leistungsempfängers, sowohl für die allgemeine Freigrenze als auch für die Staffelung, haben solche einkommensteuerfreie Unterhaltsrenten außer Betracht zu bleiben (RFH. 38, 331).

Ist der Unterhaltsverpflichtete in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig, leistet er aber die Rente aus Einkünften, die der deutschen Besteuerung unterliegen, so wird zur Vermeidung der doppelten Besteuerung (beim Geber und beim Empfänger) die Bestimmung des § 22 Ziff. 1c EinkStG. 1934 möglicherweise dahin auszulegen sein, daß in diesen Fällen der Empfänger steuerlich ebenso behandelt werden muß, wie wenn der Geber unbeschränkt steuerpflichtig wäre (vgl. RFH.: RStBl. 1933, 585 Nr. 468 unter 2).

Wird die Rente nicht zur Erfüllung der an sich bestehenden Unterhaltspflicht gewährt, sondern als Entgelt für eine Leistung des Unterhaltsberechtigten, etwa für den Verzicht auf die Auseinandersetzung des Gesamtgutes, so unterliegt der Empfänger mit der Rente stets der Einkommensteuer (RFH. 34, 134; 43, 290).

Wenn die unterhaltsberechtigte Ehefrau auf Grund Vertrages nach ihrer Wiederverheiratung die Rente noch weiter erhält, ist sie mit diesen Beträgen dann einkommensteuerpflichtig (RFH.: RStBl. 1933, 1008).

4. Vermögensteuer

a) Der Unterhaltsverpflichtete kann den Kapitalwert der Leistungen, gleichgültig, ob sie vertraglich zugesichert sind oder nicht und ob sie das Maß des Angemessenen überschreiten oder nicht, stets als Schuld von seinem Vermögen abziehen, da dem Berechtigten das Recht auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit zusteht (§ 74 Abs. 1 Ziff. 2 RBewG., dazu Erlaß des RFM.: RStBl. 1936, 421 unter A V). Voraussetzung ist nur, daß mit der Fortdauer der Zahlungen zu rechnen ist, daß sie also wirtschaftlich eine Last darstellen (vgl. RFH.: RStBl. 1938, 531). Die Verpflichtung zur Unterhaltsleistung erlischt mit der Wiederverheiratung des Berechtigten, spätestens aber mit seinem Tode. Sie ist deshalb als Last von unbestimmter Dauer nach § 15 Abs. 2 RBewG., § 76 RBewDurchfBest. mit dem Neunfachen des Jahreswertes zu bewerten, wenn nicht die Bewertung nach dem Lebensalter des Berechtigten (§ 16 RBewG., § 76 RBewDurchfBest.) einen niedrigeren Wert ergibt (RFH. 8, 337; RStBl. 1930, 394). Dies ist nur dann der Fall, wenn der Berechtigte über 65 Jahre alt ist, weil erst dann der Vervielfältiger des § 16 RBewG. unter 9 liegt. Endet die Rente vertragsgemäß auch mit dem Tode des Verpflichteten, so ist auch zu prüfen, ob nicht die Berechnung des Kapitalwertes nach dessen Lebensalter zu einem niedrigeren Kapitalwert führt. Bei verschiedenen Möglichkeiten der Bewertung ist stets diejenige zu wählen, die den niedrigsten Kapitalwert ergibt.

b) Der Unterhaltsempfänger braucht den Anspruch auf Unterhalt nicht als Vermögen zu versteuern (§ 68 Ziff. 5a RBewG.), obwohl der Geber die Last von seinem Vermögen abziehen kann. Auf gesetzlicher Unterhaltspflicht beruhend und daher steuerfrei ist der Rentenanspruch aber nur insoweit, als die Rente zur Gewährung des angemessenen Unterhalts erforderlich ist. Die Angemessenheit bestimmt sich nach der Lebensstellung der Eheleute während der Ehe (vgl. oben I, 1, b). Erhält der Empfänger wesentlich mehr, als zum angemessenen Unterhalt erforderlich ist, so ist der über das Angemessene hinausgehende Betrag nach den unter III, 4, b dargelegten Grundsätzen als Vermögen zu versteuern.

c) Eine Berücksichtigung der durch die Unterhaltsverpflichtung gegebenen Last bei der Vermögensteuer des Verpflichteten kann erst bei der nächsten Hauptveranlagung (§ 12 VermStG.), nicht schon bei einer Neuveranlagung (§ 13 VermStG.) erfolgen, da auch geschiedene Ehegatten für die Vermögensteuer bis zur nächsten Hauptveranlagung zusammenzuveranlagen sind, wenn sie am Hauptveranlagungszeitpunkt zusammen veranlagt worden sind, also nicht schon damals geschieden waren oder dauernd getrennt gelebt haben (§§ 11

Abs. 1, 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 VermStG.). Diese Regelung ist vom Gesetzgeber wahrscheinlich nicht beabsichtigt gewesen, ergibt sich aber aus den etwas verwirrenden Verweisungen der einzelnen Vorschriften des VermStG. aufeinander und muß deshalb bis zu einer anderen gesetzlichen Regelung hingenommen werden. Maßgebend sind immer die Verhältnisse am Stichtag (Hauptveranlagungszeitpunkt).

II. Unterhaltsgewährung aus Billigkeitsgründen (§ 68 EheG.)

Die Pflicht zur Unterhaltsgewährung aus Billigkeitsgründen muß stets durch Urteil ausgesprochen werden. Sie ist dann m. E. steuerrechtlich der Unterhaltspflicht auf Grund gesetzlicher Verpflichtung nach § 66 EheG. gleichzustellen. Denn auch bei dieser Art der Unterhaltspflicht handelt es sich um eine vom Willen des Verpflichteten unabhängige, ihm vielmehr auf Grund gesetzlicher Vorschrift durch das Gericht auferlegte Belastung. Dies gilt auch dann, wenn die Ehegatten schon vor der Scheidung einen Vertrag über die Unterhaltsregelung nach der Scheidung geschlossen haben und das Gericht dann (auf Antrag der Parteien) im Urteil die bereits vertraglich übernommene Verpflichtung des einen Teils als den der Billigkeit entsprechenden Unterhaltsbeitrag erklärt. Zu beachten ist nur, daß die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung aus Billigkeitsgründen nicht nur mit dem Tode oder der Wiederverheiratung des Berechtigten, sondern auch mit dem Tode des Verpflichteten endet (§ 78 Abs. 2 EheG.). Hat der Verpflichtete daher dem Berechtigten vertraglich über seinen (des Verpflichteten) Tod hinaus das Recht auf bestimmte Unterhaltsleistungen eingeräumt oder gewährt er einen Kapitalbetrag, der den nach den §§ 15, 16 RBewG., § 76 RBewDurchfBest. — unter Beachtung der Grundsätze der Entscheidung des RFH.: RStBl. 1930, 394 — berechneten Kapitalwert der der Billigkeit entsprechenden Jahresleistungen *wesentlich* übersteigt, so handelt es sich insoweit um freiwillig übernommene Unterhaltsleistungen, deren steuerliche Behandlung sich nach den im folgenden unter III dargelegten Grundsätzen richtet.

III. Unterhaltsgewährung ohne gesetzliche Verpflichtung

Unterhaltsleistungen, die von einem geschiedenen Ehegatten dem anderen Ehegatten gewährt werden, ohne daß für den Leistenden eine gesetzliche Verpflichtung oder eine durch Urteil nach § 68 EheG. begründete Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung besteht, wirken sich steuerlich folgendermaßen aus.

1. Urkundensteuer

a) Ein Vertrag über solche Unterhaltszuschüsse ist urkundensteuerpflichtig, da er nicht die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zum Gegenstand hat. Nur wenn die Vereinbarung als die Begründung eines Rentenstammrechtes der Schenkungsteuer unterliegt, dann entfällt m. E. die Urkundensteuer (§ 4 Abs. 1 Ziff. 5 UrkStG.). Für ein Schenkungs*versprechen* ist zwar grundsätzlich Urkundensteuer zu erheben, da der Erbschaftsteuer nur die *Vollziehung* der Schenkung unterliegt (vgl. Begründung zum UrkStG. RStBl. 1936, 471). Aber wenn in der vertraglichen Zusicherung einer Unterhaltsrente erbschaftsteuerrechtlich die Schenkung eines Rentenstammrechtes erblickt wird, so handelt es sich bei dem Vertrag nicht mehr um ein Schenkungsversprechen, sondern bereits um die Ausführung der Zuwendung des Rentenstammrechtes (RFH. 4, 247/48). Diese Zuwendung ist grundsätzlich erbschaftsteuerpflichtig und die Urkunde darüber daher urkundensteuerfrei. Nicht urkundensteuerfrei ist dagegen ein Vertrag, in dem ein Ehegatte sich verpflichtet, dem anderen einen Kapitalbetrag zu überlassen, da der Schenkungsteuer nicht die Eingehung der Verpflichtung, sondern nur die Ausführung der Verpflichtung unterliegt.

b) Der Vertrag über die Unterhaltsgewährung ist entweder als Vertrag (§ 20 Abs. 2 UrkStG.), als Vergleich (§ 19) oder als einseitige Schuldverklärung (§ 22) urkundensteuerpflichtig, soweit er nicht in eine andere besondere Form, z. B. Nießbrauchseinräumung, gekleidet ist. Die Steuer beträgt 1 v. T. des Kapitalwertes der Leistung. Für die Berechnung des Kapitalwertes gilt das unter III, 2, f Ausgeführte.

2. Schenkungsteuer

a) Gänzlich schenkungsteuerfrei sind Zuwendungen, die sich innerhalb der Freigrenze halten (§§ 17a, 17b, 13 ErbschStG. 1925). Wenn jedoch ein Ehegatte dem anderen noch während des Bestehens der Ehe vertraglich eine bestimmte Unterhaltsrente für die Zeit nach der Scheidung zusichert und die Ehe dann aus dem Verschulden des aus dem Vertrag Berechtigten oder aus beiderseitigem Verschulden geschieden wird, so ist für die Schenkungsteuer nicht etwa die Freigrenze für Ehegatten (§§ 17a, 17b ErbschStG.) maßgebend, sondern in diesem Falle ist die Zuwendung unter der aufschiebenden Bedingung der Ehescheidung erfolgt und eine etwaige Schenkungsteuerschuld entsteht erst mit dem Eintritt der Bedingung (§ 4 RBewG., § 14 Abs. 1 Ziff. 1a und Ziff. 2 ErbschStG. und RFH. 4, 244). Für die Freigrenze sind dann die verwandtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten nach der Scheidung zugrunde zu legen (regelmäßig Steuerklasse V).

b) Zuwendungen unter Lebenden zum Zwecke des angemessenen Unterhalts sind durch § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. allgemein von der Schenkungsteuer befreit. Notwendig ist, daß die Zuwendung zum Unterhalt tatsächlich bestimmt (StW. 1935 Nr. 357) und verwendet wird und daß der Empfänger die Zuwendung hierzu braucht, daß er ohne die Zuwendung nicht imstande wäre, angemessen zu leben (RFH.: StW. 1932 Nr. 482). Zuwendungen zum Zwecke des Unterhalts sind nur bis zur Ermöglichung des angemessenen Unterhalts steuerfrei (RFH. 26, 4). Angemessen ist — anders als bei der Unterhaltsgewährung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung nach § 66 EheG. — eine den Vermögensverhältnissen und der Lebensstellung des *Bedachten* entsprechende Zuwendung (§ 18 Abs. 2 ErbschStG.). Eine dieses Maß übersteigende Zuwendung ist *in vollem Umfang* steuerpflichtig. Durch die Zuwendung soll dem Bedachten keine bessere Lebenshaltung ermöglicht werden, als in *seinen* Kreisen üblich ist. Zu § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. hat der RFH. ausgesprochen, daß zur Vermeidung von Übertreibungen in der „Angemessenheit" der Lebenshaltung als obere Grenze der Angemessenheit diejenige Lebenshaltung anzusehen sei, die in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen üblich ist. Bei alleinstehenden Personen ist an Hand der Rechtsprechung des RFH. ein Jahresroheinkommen von etwa 8000—10000 *RM* als Betrag anzusehen, der eine in wohlhabenderen bürgerlichen Kreisen übliche Lebenshaltung ermöglicht (vgl. im einzelnen meine Ausführungen in JW. 1937, 1685 unter I, 3).

c) Da meist nicht vorausgesehen werden kann, wie lange der Empfänger Zuwendungen zum Unterhalt braucht, fallen nach der Rechtsprechung Kapitalzuwendungen unter Umständen *nicht* unter die Befreiungsbestimmungen des § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. Das gleiche gilt für Verträge, die eine unbedingte Verpflichtung zur Zahlung einer Rente begründen und deshalb als (unentgeltliche) Bestellung eines Leibrentenrechtes anzusehen sind, dessen Erträge die einzelnen Rentenbezüge darstellen. Eine Leibrentenschenkung bedarf nach §§ 518, 761 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Aber ein beurkundeter Vertrag muß nicht stets eine Leibrentenschenkung sein. Ob die Zuwendung eines Rentenstammrechts oder die Bestellung selbständiger Ansprüche auf die einzelnen Rentenbezüge vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung (vgl. RFH. 4, 244; 8, 60; StW. 1928 Nr. 600; 1930 Nr. 809; RGZ. 137, 259 = JW. 1933, 607[9]).

Wenn der Bedachte weder eigenes Vermögen noch die Aussicht auf Zuwendungen von anderer Seite hat und entweder krank oder schon alt ist oder sonst die Annahme gerechtfertigt ist, daß seine Bedürftigkeit in ungefähr gleicher Höhe bestehen bleiben wird, so wird man sowohl die unbedingte Zuwendung einer angemessenen Rente (Leibrente) wie auch die einmalige Zuwendung eines zum langsamen Aufbrauchen bestimmten Kapitalbetrages noch als steuerfrei nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. ansehen können, nicht dagegen die Zuwendung eines Kapitals, dessen Erträgnisse allein schon zur Bestreitung des angemessenen Unterhalts ausreichen (RFH.: RStBl. 1933, 1173). In der Entscheidung RStBl. 1938, 571 hat der RFH. z. B. die Möglichkeit offen gelassen, daß die Zuwendung eines Kapitalbetrages von 18000 *RM*

durch den Vater an sein uneheliches 1½ Jahre altes Kind zur Gewährleistung des Unterhalts und der Ausbildung noch nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. als schenkungsteuerfrei angesehen werden kann, wenn sie unter Lebenden erfolgt.

Wenn eine nur kleine Rente (von im Monat etwa 150 *RM*) unbedingt zugesagt wird, ist m. E. selbst dann, wenn der Vertrag als Leibrentenschenkung angesehen werden müßte, ebenfalls Schenkungsteuerfreiheit nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. gegeben, falls die Rentenbeträge zur Zeit des Vertragsabschlusses zur Ermöglichung eines angemessenen Unterhalts des Berechtigten bestimmt und erforderlich sind. Denn durch so geringe Beträge wird in der Regel selbst bei dem späteren Hinzukommen anderer Einkünfte die durch § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. aufgestellte Grenze des zum „angemessenen" Unterhalt notwendigen Betrages nicht wesentlich überschritten werden, so daß es sich rechtfertigt, von vornherein die Steuerfreiheit nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. unabhängig von der späteren Entwicklung anzuerkennen. Unter geschiedenen Ehegatten werden solche Leistungen erfahrungsgemäß sowieso nur dann zugesagt, wenn nicht zu erwarten ist, daß der Berechtigte später wesentlich höhere Einkünfte als zur Zeit des Vertragsabschlusses haben wird.

d) Keine Zuwendung eines Rentenstammrechts, sondern nur die Bestellung selbständiger Ansprüche auf die einzelnen Rentenbezüge ist dann anzunehmen, wenn die monatliche Rente in dem Vertrag *nicht unbedingt* zugesagt, sondern *in ihrer Höhe* von der Bedürftigkeit des Bedachten abhängig gemacht wird. Dabei wird ein als angemessen anzusehendes Monatseinkommen seiner oberen Grenze nach bestimmt und im Vertrag zur Bedingung gemacht, daß die Rente nur in der Höhe gewährt wird, daß alle Einnahmen des Bedachten zusammen diese Höchstgrenze nicht übersteigen und daß die Rente ganz wegfällt, wenn die Grenze bereits durch andere Einnahmen des Bedachten erreicht wird. Eigenes Vermögen des Bedachten kann dabei wohl soweit unberücksichtigt bleiben, als es praktisch nur schwer verwertbar ist oder über den Umfang einer ausreichenden Rücklage für Notfälle nicht hinausgeht, so daß seine Verwendung zum *laufenden* Unterhalt dem Bedachten nicht zugemutet werden kann. Die Erträgnisse des Vermögens sind dagegen zu berücksichtigen. Durch eine solche Regelung wird sichergestellt, daß die Rentenleistungen nur solange und nur in der Höhe gewährt werden, als sie zum angemessenen Unterhalt des Bedachten erforderlich sind. In diesen Fällen ist die einzelne Leistung nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. steuerfrei.

e) Steuerfreiheit nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. besteht für die einzelnen Leistungen selbstverständlich auch dann, wenn sie zwar regelmäßig, aber *ohne* vertragliche Verpflichtung gewährt werden und im einzelnen Fall das Maß des Angemessenen nicht übersteigen. Zu beachten ist noch, daß Zuwendungen, die nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. steuerfrei sind, nicht nach § 13 ErbschStG. zusammengerechnet werden dürfen (RFH.: RStBl. 1935, 474).

f) Bei Bejahung der Schenkungsteuerpflicht für eine Kapitalzuwendung oder für die Begründung eines Rentenstammrechts bemißt sich die Steuer nach dem zugewandten Kapitalbetrag oder bei einer Rente nach dem Kapitalwert des Rechts gemäß §§ 15 ff. RBewG., §§ 75 ff. RBewDurchfBest. Der Kapitalwert einer Rente wird in der Regel mit dem neunfachen des Jahreswertes anzusetzen sein (§ 15 RBewG., § 76 RBewDurchfBest.), wenn die Leistungen dem Berechtigten zwar grundsätzlich auf Lebenszeit, höchstens aber bis zur Wiederverheiratung zustehen. Denn in diesem Falle ist die Dauer der Rente außer von der Lebenszeit auch von dem Eintritt eines möglicherweise früher eintretenden Ereignisses abhängig. Es hat daher die Bewertung als Anspruch von unbestimmter Dauer zu erfolgen, wenn sich dadurch ein geringerer Kapitalwert ergibt. Erst bei einem Lebensalter über 65 Jahre ergibt die Bewertung nach dem Lebensalter einen geringeren Kapitalwert als die Bewertung als Last von unbestimmter Dauer. Enden die Leistungen vertraglich auch mit dem Tode des Verpflichteten, so ist für die Kapitalisierung auch dessen Lebensalter zu berücksichtigen und die Kapitalisierung danach vorzunehmen, wenn er über 65 Jahre alt ist. Ist die Rente auf eine bestimmte Zeit zugesagt, so ist der Kapitalwert aus der Summe der einzelnen Jahreswerte abzüglich der Zwischenzinsen zu errechnen (§ 15 Abs. 1 RBewG.), soweit sie nicht auch beim Tode des Berechtigten erlischt und die Bewertung nach dem Lebensalter einen niedrigeren Kapitalwert ergibt. Bei verschiedenen Möglichkeiten der Bewertung ist stets diejenige zu wählen, die den niedrigsten Kapitalwert ergibt (RFH. 8, 337; RStBl. 1930, 394). Wird der Kapitalwert der Rente nach dem Lebensalter des Berechtigten oder des Verpflichteten berechnet und stirbt dieser früher als bei der Berechnung angenommen, so kann gemäß § 16 Abs. 2 RBewG. innerhalb bestimmter Frist (§ 5 Abs. 2 RBewG.) der Antrag auf Berichtigung der Schenkungsteuerveranlagung gestellt werden, da die Schenkungsteuer (wie auch die Urkundensteuer, nicht aber die Vermögensteuer) eine nicht laufend veranlagte Steuer ist.

Werden bei einer Rente die einzelnen Bezüge als Nettobeträge gewährt, übernimmt also der Schenker die an sich den Bedachten treffenden Steuern vom Einkommen und Vermögen für die Rente, so sind als Jahresleistungen die Bruttobeträge der Steuerberechnung zugrunde zu legen, weil die Personalsteuern auf die Rente Steuern des Empfängers sind, deren Übernahme durch den Schenker einer Erhöhung der Rente gleichsteht.

Die Schenkungsteuer kann bei einer Rente auch statt aus dem Kapitalwert nach dem Jahreswert entrichtet werden (§ 33 ErbschStG.).

Das ErbschStG. geht davon aus, daß zwar Schenker und Bedachter Steuerschuldner sind (§ 15 ErbschStG.), daß die Steuer aber die Bereicherung des Erwerbers treffen soll und daher ganz von ihm zu tragen ist. Übernimmt der Schenker die Steuer, so erhöht dies die Bereicherung des Bedachten. Die Höhe der schenkungsteuerpflichtigen Gesamtzuwendung (x) ist dann nach folgender Formel zu berechnen:

$$x - x \text{ mal Steuersatz} = \text{Nettozuwendung}.$$

Davon ist die Nettozuwendung und der Steuersatz für die Gesamtzuwendung bekannt. x stellt die zu errechnende Gesamtzuwendung dar, aus der dann die Schenkungsteuer zu erheben ist (RFH. 25, 213).

Bürgerlich-rechtlich besteht keine Regel, wer die Schenkungsteuer zu tragen hat. Es ist vielmehr aus dem Vertragsinhalt zu entnehmen, ob die zugewandten Beträge als Nettobeträge gedacht sind oder nicht. Es empfiehlt sich deshalb bei Zuwendungen, die möglicherweise der Schenkungsteuer unterliegen, stets im Vertrag zu regeln, wer eine solche Steuer zu tragen hat.

g) Für die Anwendung der Zusammenrechnungsvorschrift des § 13 ErbschStG. bei steuerpflichtigen Zuwendungen ist folgendes zu beachten. Steuerfreie Zuwendungen vor der Scheidung (bei beerbter Ehe in unbeschränkter Höhe, bei unbeerbter Ehe bis zum Betrag von 30000 *RM* gemäß §§ 17a, 17b ErbschStG.) scheiden für die Zusammenrechnung vollkommen aus. Die gegenteilige Ansicht in RFH. 32, 106 ist nicht mehr richtig, seit durch das Gesetz v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 1056) für Ehegatten statt der Freigrenze ein *Freibetrag* eingeführt worden ist. Die Bestimmungen des § 17b Abs. 1 S. 2 ErbschStG., daß bei unbeerbter Ehe nur der den Freibetrag von 30000 *RM* übersteigende Betrag steuerpflichtig ist, daß dieser Freibetrag also für die Besteuerung gänzlich außer Betracht zu bleiben hat, gilt bei beerbter Ehe sinngemäß für *sämtliche* Erwerbe. So wie im einen Fall der Freibetrag von 30000 *RM*, dürfen im anderen Falle die sämtlichen Zuwendungen während der (beerbten) Ehe nicht nach § 13 ErbschStG. mit späteren steuerpflichtigen Zuwendungen zusammengerechnet werden. Steuerpflichtige Zuwendungen während der Ehe sind nur bei unbeerbter Ehe und Überschreiten des Freibetrages von 30000 *RM* (oder vor dem 1. Jan. 1935 der Freigrenze von 5000 *RM*) möglich. Auch solche Zuwendungen sind mit späteren Zuwendungen nicht zusammenzurechnen, soweit die Steuerschuld für sie vor dem 1. Jan. 1935 entstanden ist (Art. II des Ges. v. 16. Okt. 1934 [RGBl. I, 1056]). Sind solche steuerpflichtige Zuwendungen bei bestehender (unbeerbter) Ehe nach dem 31. Dez. 1934 erfolgt, so sind sie

mit Zuwendungen nach Scheidung der Ehe (Steuerklasse V) grundsätzlich gemäß § 13 ErbschStG. zusammenzurechnen, soweit sie innerhalb der letzten 10 Jahre gegeben worden sind. Von der dann zu berechnenden Steuer für den Gesamtbetrag der Erwerbe ist jedoch diejenige Steuer abzuziehen, die für den früheren Erwerb zur Zeit des letzten Erwerbes zu erheben gewesen wäre. Es wird also bei der Steuerberechnung für den späteren Erwerb unterstellt, daß die frühere Zuwendung ebenfalls schon in Steuerklasse V erfolgt und versteuert worden ist (vgl. RFH. 32, 106). Daß Zuwendungen, die nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 steuerfrei sind, nicht nach § 13 ErbschStG. zusammengerechnet werden dürfen, habe ich unter Hinweis auf RFH.: RStBl. 1935, 474 bereits hervorgehoben.

3. Einkommensteuer

a) Der Geber kann die auf Grund eines Vertrages geleisteten Beträge jeweils von seinem Einkommen abziehen, da es sich um Leistungen an einen nicht gesetzlich Unterhaltsberechtigten handelt (§§ 10 Abs. 1 Ziff. 2, 12 Ziff. 2 EinkStG., dazu Ergänzungsrichtlinien 1934 unter D V RStBl. 1935, 792; RFH. 40, 9 und VI A 585/37 vom 21. Okt. 1937 = Mrozeks Kartei R. 12 zu § 16 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. 1934, auch Zitzlaff: DStBl. 1937, 359/0129 S. 1). Dabei ist gleichgültig, ob durch den Vertrag ein Rentenstammrecht begründet worden ist oder nicht, da in jedem Falle durch den Vertrag eine vom Willen des Gebers unabhängige Belastung entsteht. Nicht abzugsfähig sind dagegen Leistungen, die ohne vertragliche Verpflichtung erfolgen (§ 12 Ziff. 2 EinkStG.). Wird statt der Rente eine Kapitalabfindung gewährt oder wird die Rente später durch einen Kapitalbetrag abgelöst, so kann dieser Betrag nicht vom Einkommen abgezogen werden, da nur Renten und dauernde Lasten nach § 10 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. abzugsfähig sind. Laufende Leistungen ohne vertragliche Verpflichtung, sowie Kapitalabfindungen können aber u. U. gemäß § 33 EinkStG. als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigt werden (vgl. hierzu oben I, 3, a).

b) Der Empfänger der Unterhaltsrente muß sie als Einkommen versteuern, wenn der Geber sie von seinem Einkommen abziehen kann oder in Deutschland nur beschränkt oder überhaupt nicht steuerpflichtig ist (§ 22 Ziff. 1 c EinkStG.). Die Einkommensteuer ist eine persönliche Steuer des Rentenempfängers. Wird sie vom Geber übernommen, so stellt das eine Erhöhung der Rente dar. Gleichgültig ist für die Einkommenbesteuerung, ob die Zuwendung des Stammrechts etwa mit der Schenkungsteuer belastet worden ist, auch wenn die Schenkungsteuer gemäß § 33 ErbschStG. nach dem Jahreswert entrichtet wird (vgl. RFH.: StW. 1933 Nr. 493). Bei Zahlung nach dem Jahreswert kann der Rentenempfänger die Schenkungsteuer jedoch gemäß § 10 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. als dauernde Last vom Einkommen abziehen (RFH. 38, 159 und StW. 1938 Nr. 246). Die Einkommensteuerpflicht wird auch dadurch nicht beseitigt, daß es sich bei den einzelnen Rentenbezügen um Zuwendungen zum angemessenen Unterhalt handelt, die nach § 18 Abs. 1 Ziff. 14 ErbschStG. schenkungsteuerfrei sind (vgl. RFH.: StW. 1930 Nr. 361). Wird eine solche vertraglich zugesicherte Rente durch eine einmalige Kapitalzahlung abgelöst, so ist diese Abfindung nicht einkommensteuerpflichtig, weil zwar für die Rente wegen ihrer Form Einkommensteuer gezahlt werden muß, das Kapital aber, wenn es gleich an Stelle der Rente gezahlt worden wäre, nicht zu den nach dem EinkStG. zu versteuernden Einnahmen gehört hätte (RFH.: StW. 1936 Nr. 542).

4. Vermögensteuer

a) Für die Abzugsfähigkeit solcher vertraglich zugesicherter Unterhaltsrenten bei der Vermögensteuer des Gebers gilt das gleiche wie für die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung gewährten Unterhaltsleistungen (vgl. oben I, 4, a).

b) Der Rentenempfänger muß dagegen für den Kapitalwert solcher vertraglich zugesicherter Unterhaltsrenten Vermögensteuer bezahlen, da die Rente nicht auf einer gesetzlichen Unterhaltspflicht beruht (§ 67 Ziff. 4 RBewG.). Die Vermögensteuer beträgt 5 v. T. des Kapitalwerts (vgl. oben III, 2, f) der Rente. Der Freibetrag von 10000 RM ist abzuziehen (§ 5 VermStG.).

c) Auch Unterhaltsleistungen, die nicht vertraglich zugesichert sind, können unter Umständen beim Empfänger mit ihrem Kapitalwert als Vermögen angesetzt werden, wenn dieser zwar keinen klagbaren Anspruch hat, aber mit Sicherheit auf die fortdauernde Zahlung der Rente rechnen kann. Entsprechendes gilt dann auch für den Abzug solcher Renten beim Geber (RFH. 41, 20 und RStBl. 1938, 531). Die Tatsache, daß der Empfänger mit Sicherheit auf die Fortdauer der Zahlung rechnen kann, wird aus den Umständen des einzelnen Falles, vor allem aus der bisherigen Dauer der Zahlungen zu entnehmen sein.

d) Da geschiedene Ehegatten bei der Vermögensteuer bis zur nächsten Hauptveranlagung zusammen zu veranlagen sind (vgl. oben I, 4, c), kann der Rentenempfänger nicht vor diesem Zeitpunkt mit dem Kapitalwert der Rente zur Vermögensteuer herangezogen werden.

IV. Beiträge zum Unterhalt der Kinder (§ 79 EheG.)

Wann nach bürgerlichem Recht solche Beiträge zum Unterhalt der Kinder zu gewähren sind, wird von Rexroth: JW. 1938, 2093/94 dargelegt.

1. Urkundensteuer

Gewährt ein geschiedener Ehegatte dem anderen zum Unterhalt der gemeinsamen Kinder einen Beitrag in Geld, so ist die vertragliche Vereinbarung darüber jedenfalls dann urkundensteuerfrei, wenn das Kind aus der Vereinbarung einen selbständigen Anspruch gegen den Verpflichteten erwirbt, da dann die Vereinbarung zweifelsfrei die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht (gegenüber dem Kind) zum Gegenstand hat (§ 4 Abs. 1 Ziff. 3 UrkStG.), soweit nicht der Betrag das nach bürgerlichem Recht Erforderliche wesentlich übersteigt. Fraglich kann sein, ob Steuerfreiheit auch dann gegeben ist, wenn der Ehegatte sich nur gegenüber dem anderen Ehegatten zur Leistung eines Beitrags für den Unterhalt des Kindes verpflichtet, ohne daß das Kind aus dieser Vereinbarung einen selbständigen Rechtsanspruch erwirbt. Eiffler (UrkStG. Anm. 11 unter c zu § 4 S. 122) bejaht für diesen Fall die Urkundensteuerpflicht im Anschluß an einige alte Verwaltungserlasse zum früheren Preuß. Landesstempelgesetz. Für das Reichsurkundensteuergesetz wird man jedoch diese enge Auslegung nicht mehr vertreten können. Denn auch wenn der eine Ehegatte in der Vereinbarung nur dem anderen Ehegatten den Unterhaltsbeitrag für das gemeinsame Kind zusagt, so wird dieser Unterhaltsbeitrag doch nur wegen der bestehenden Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind zugesagt und geleistet. Die Vereinbarung hat sachlich stets auch in diesen Fällen die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zum Gegenstand und muß daher urkundensteuerfrei bleiben. Daß die Leistungen als Unterhaltsbeitrag für das Kind erfolgen, muß aber aus dem Inhalt der Urkunde hervorgehen.

2. Schenkungsteuer

Eine Schenkungsteuerpflicht ist nicht gegeben, soweit der Beitrag nicht das nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen erforderliche Maß des Unterhalts (§§ 1601, 1602, 1610 BGB.) wesentlich übersteigt (RFH. 33, 224). Dabei ist m. E. ebenfalls gleichgültig, ob das Kind unmittelbar aus der Vereinbarung einen Rechtsanspruch erworben hat oder ob aus der Vereinbarung formell nur der Ehegatte berechtigt ist. Gleiches gilt für Beiträge, die ohne vertragliche Vereinbarung geleistet werden.

3. Einkommensteuer

a) Der Geber kann den Unterhaltsbeitrag nicht von seinem Einkommen abziehen, da es sich um eine Leistung an eine unterhaltsberechtigte Person handelt (§ 12 Ziff. 2 EinkStG.), auch wenn nach der Vereinbarung an sich nur der nicht unterhaltsberechtigte Ehegatte die Beträge für das Kind erhält. Aber die geleisteten Beträge können in der Regel als

außergewöhnliche Belastung gemäß § 33 EinkStG. angesehen und in vollem Umfang vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden (Veranlagungsrichtlinien 1935 unter G, VI, 2 RStBl. 1936, 52).

b) Die Beträge sind wirtschaftlich stets als Einkommen des Kindes anzusehen, auch dann, wenn sie formell dem Ehegatten zustehen. Einkommensteuerpflicht ist deshalb für die Beträge weder bei dem Kind noch bei dem Ehegatten, bei dem es lebt, gegeben (§ 22 Ziff. 1c EinkStG.). Gleiches gilt, wenn die Beiträge ohne vertragliche Vereinbarung geleistet werden. Das unter I, 3, b Gesagte gilt hier entsprechend.

4. Vermögensteuer

a) Der Geber kann den Kapitalwert der jährlichen Leistungen dann von seinem Vermögen abziehen, wenn das Recht auf die Leistung dem Berechtigten (das ist sachlich stets dem Kind) auf Lebenszeit, auf die Lebenszeit einer anderen Person, auf unbestimmte Zeit oder auf die Dauer von mindestens 10 Jahren zusteht (§ 74 Abs. 1 Ziff. 2 RBewG.). In der Regel wird der Beitrag auf unbestimmte Dauer zugesagt sein, so daß als Kapitalwert das neunfache des Jahreswertes anzusetzen ist (§ 15 Abs. 2 RBewG., § 76 RBewDurchfBest.). Der Abzug ist auch dann möglich, wenn keine vertragliche Regelung getroffen ist, sondern der Geber nur mit der Fortdauer der Zahlung rechnen muß (vgl. RFH.: RStBl. 1938, 531).

b) Das Kind braucht den Anspruch auf die Rente nicht zu versteuern, soweit er auf gesetzlicher Unterhaltspflicht beruht (§ 68 Ziff. 5a RBewG.), die Leistung also nicht das nach dem BGB. erforderliche Maß wesentlich übersteigt. Auch der Ehegatte, bei dem das Kind lebt, braucht einen solchen Rentenanspruch nicht als Vermögen zu versteuern, m. E. auch dann nicht, wenn der Unterhaltsbeitrag formell ihm und nicht dem Kind zusteht. Denn sachlich ist er stets Vermögen des Kindes und beruht stets auf gesetzlicher Unterhaltspflicht.

V. Unterhaltsverträge vor der Scheidung (§ 80 EheG.)

Häufig werden schon vor der Ehescheidung die Unterhaltsverhältnisse zwischen den Ehegatten vertraglich geregelt, entweder nur für die Zeit des Getrenntlebens während der Scheidung, meistens aber auch bereits für die Zeit nach der Scheidung. Bürgerlich-rechtlich sind solche Vereinbarungen zulässig (§ 80 EheG.). Sie wirken sich steuerlich folgendermaßen aus:

1. Urkundensteuer

Leben die Ehegatten vor der Scheidung bereits getrennt, so ist die Vereinbarung über eine von dem Mann an die Frau zu zahlende Unterhaltsrente für die Dauer des Getrenntlebens urkundensteuerfrei, weil sie die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zum Gegenstand hat (§ 4 Abs. 1 Ziff. 3 UrkStG. und RFH.: StW. 1934 Nr. 715). Denn bei getrennt lebenden Eheleuten ist der Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren (§ 1361 BGB.). Gleiches gilt für Beiträge zum Unterhalt der Kinder.

Verspricht der Mann vor der Scheidung vertraglich eine gewisse Unterhaltsleistung für den Fall, daß er allein oder überwiegend für schuldig erklärt wird, so ist darin ebenfalls ein Vertrag über die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zu erblicken (§ 66 EheG.) und die Vereinbarung deshalb auch urkundensteuerfrei. Verpflichtet sich der Mann dagegen schon vor der Scheidung zur Leistung eines bestimmten Unterhaltsbetrages mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß es gleichgültig sein soll, ob die Ehe aus seinem Verschulden geschieden wird oder nicht, so ist die Urkunde steuerpflichtig, weil in diesem Falle der Vertrag nicht allein die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zum Inhalt hat, sondern darüber hinaus noch ausdrücklich eine Unterhaltspflicht des Mannes auch für den Fall begründet, daß ihm eine gesetzliche Pflicht nicht obliegt (RGZ. 117, 246/48 = JW. 1927, 2462; vgl. Eiffler, „UrkStG.", Anm. 11 unter a zu § 4 S. 121). Man wird jedoch die Urkundensteuerfreiheit dann bejahen müssen, wenn der Ehemann sich schon vor der Scheidung zur Zahlung eines bestimmten Unterhaltsbetrages vertraglich verpflichtet und für die Beteiligten kein Zweifel besteht und vernünftigerweise auch nicht bestehen kann, daß die Ehe aus Verschulden des Mannes geschieden werden wird. Man wird darin eine Regelung der Unterhaltsfrage für den Fall erblicken können, daß der Mann unterhaltspflichtig wird (vgl. auch RFH.: StW. 1932 Nr. 1109). Der Vertrag ist dann nach § 4 Abs. 1 Ziff. 3 UrkStG. steuerfrei. Die Vereinbarung über die Gewährung eines Unterhaltsbeitrages für die Kinder ist urkundensteuerfrei, auch wenn sie schon vor der Scheidung getroffen wird, sofern sie nach den unter IV, 1 dargelegten Grundsätzen der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern zu dienen bestimmt ist.

Bei Bejahung der Urkundensteuerpflicht gilt für die Steuerberechnung das oben zu III, 1 Dargelegt. Ist die Vereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so ist die Urkunde gleichwohl steuerpflichtig, da die Nichtigkeit nicht aus der Urkunde ersichtlich ist. Die Steuer kann dann nur im Billigkeitswege nach § 131 RAbgO. erstattet werden (vgl. RFH.: RStBl. 1934, 553/54 zum ehemaligen PrStempStG.).

2. Schenkungsteuer

Verträge über die Gewährung des Unterhalts während der Dauer des Scheidungsprozesses haben keine schenkungsteuerrechtlichen Folgen, da sie der Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht dienen. Schenkungen unter Ehegatten während des Bestehens der Ehe, auch wenn das Scheidungsverfahren bereits schwebt, sind gänzlich schenkungsteuerfrei, wenn im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld gemeinsame Kinder oder deren Abkömmlinge leben (§ 17a ErbschStG.). Anderenfalls sind Schenkungen unter Ehegatten bis zu 30 000 *RM* steuerfrei (§ 17b Abs. 1 Ziff. 1 ErbschStG.) und der überschießende Betrag steuerpflichtig. Es kann aber zweifelhaft sein, ob bei Zuwendungen, die im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung erfolgen, überhaupt eine Bereicherungsabsicht und deshalb eine Schenkung angenommen werden kann (vgl. RFH. II A 573/30 v. 29. Okt. 1930 = Mrozeks Kartei R. 30 zu § 8 Nr. 1 GrErwStG.). Bei Vereinbarungen, die vor der Scheidung für die Unterhaltsregelung nach der Scheidung getroffen werden, ist m. E. für die Schenkungsteuer stets anzunehmen, daß sie unter der aufschiebenden Bedingung der rechtskräftigen Scheidung geschlossen werden. Eine etwaige Schenkungsteuerschuld entsteht dann erst mit Eintritt der Bedingung (vgl. § 4 RBewG., § 14 Abs. 1 Ziff. 1a und Ziff. 2 ErbschStG. und auch RFH. 4, 244). Für die Beurteilung sind dann die Verhältnisse nach rechtskräftiger Scheidung maßgebend. Ist der vertraglich Verpflichtete auf Grund des Scheidungsurteils nach dem Gesetz oder durch Urteil aus Billigkeitsgründen zur Unterhaltsleistung verpflichtet, so sind die schenkungsteuerlichen Folgen wie oben I, 2. Ist der vertraglich Verpflichtete gesetzlich nicht zum Unterhalt verpflichtet, so gelten für die schenkungsteuerliche Beurteilung die Ausführungen oben zu III, 2. Für Beiträge zum Unterhalt der Kinder gelten die unter IV dargelegten Grundsätze. Ist die Unterhaltsvereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so kann niemals die Zuwendung eines Rentenstammrechtes angenommen werden, sondern nur die Zuwendung der einzelnen Beträge. Denn die Schenkungsteuer muß insoweit, anders als etwa die Vermögensteuer, auf die bürgerlich-rechtliche Form und Klagbarkeit abstellen, die auch nicht durch § 5 Abs. 3 StAnpG. ersetzt werden kann.

3. Einkommensteuer

Ehegatten sind zusammen zu veranlagen, solange beide unbeschränkt steuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben. Leben sie in einem Kalenderjahr länger als vier Monate dauernd getrennt, so sind sie nicht mehr zusammen zu veranlagen (§ 26 Abs. 1 EinkStG.). Leistungen des einen Ehegatten an den anderen während der Dauer der Ehe können auch bei getrennter Veranlagung nicht abgezogen werden, gleichgültig, ob ein Vertrag darüber geschlossen ist oder nicht (§ 12 Ziff. 2 EinkStG.). Der Empfänger braucht sie nicht gesondert als Einkommen zu versteuern. Wird die Ehe aus dem Verschulden des Verpflichteten geschieden oder ist er aus Billig-

keitsgründen zur Unterhaltsgewährung gehalten (§§ 66, 68 EheG.), so regeln sich die einkommensteuerlichen Folgen der Zahlungen nach der Scheidung nach den Grundsätzen oben I, 3. Das gilt stets auch für Beiträge zum Unterhalt der Kinder. Ist der aus dem Vertrag Verpflichtete nicht gesetzlich oder aus Billigkeitsgründen (§ 68 EheG.) unterhaltspflichtig, so sind die Zahlungen nach der Scheidung bei der Einkommensteuer gemäß oben III, 3 zu behandeln und zwar auch dann, wenn der Vertrag schon vor der Scheidung (also während noch bestehender Unterhaltspflicht) geschlossen worden ist, weil bei der Einkommensteuer die Verhältnisse im Zeitpunkt der einzelnen Zahlungen und nicht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebend sind. Die vertragliche Vereinbarung ist gemäß § 5 Abs. 3 StAnpG. selbst dann einkommensteuerrechtlich beachtlich, wenn der Vertrag aus irgendeinem Grunde nichtig ist, solange sich nur die Parteien durch den Vertrag für gebunden halten.

4. Vermögensteuer

Für die Vermögensteuer sind Ehegatten zusammen zu veranlagen, wenn sie am Hauptveranlagungszeitpunkt (§ 12 Abs. 2 VermStG.) zusammengelebt haben. Leben sie im Hauptveranlagungszeitpunkt bereits dauernd getrennt, so sind sie getrennt zu veranlagen (§ 11 Abs. 1 VermStG.). Gewährt der Mann zu diesem Zeitpunkt der Frau den Unterhalt in Form einer Geldrente (§ 1361 BGB.), so kann er bei getrennter Veranlagung den Kapitalwert von seinem Vermögen abziehen, weil es sich um eine Verpflichtung von unbestimmter Dauer handelt (§§ 74 Ziff. 2, 15 Abs. 2 RBewG.) und ihm für die Frau kein Freibetrag bei der Vermögensteuer gewährt wird (vgl. Erlaß des RFH.: RStBl. 1936, 421 unter A V). Die Frau braucht den Kapitalwert der Rente zunächst nicht als Vermögen zu versteuern, da die Rente am Stichtag auf gesetzlicher Unterhaltspflicht beruht (§ 68 Ziff. 5a RBewG.).

Wird die Ehe aus Verschulden des durch Vertrag zur Leistung Verpflichteten geschieden, so gelten nach der Scheidung für die Vermögensteuer die oben unter I, 4 dargelegten Grundsätze. Wird der aus dem Vertrag Verpflichtete dagegen durch die Scheidung von der gesetzlichen Unterhaltspflicht befreit, so gilt nach der Scheidung das oben unter III, 4 Dargelegte. Daß der Vertrag schon vor der Scheidung geschlossen worden ist, hat weiter keine Bedeutung mehr. Eine Berücksichtigung der Veränderungen kann jedoch immer erst bei der nächsten Hauptveranlagung (§ 12 VermStG.) erfolgen. Auch für die Vermögensteuer sind solche vertragliche Vereinbarungen selbst bei Nichtigkeit solange beachtlich, als die Parteien sich daran gebunden halten (§ 5 Abs. 3 StAnpG. und RFH. 41, 20 und dazu Seweloh: StW. 1937, 462).

Betriebsvermögen und Privatvermögen im Einkommensteuerrecht

Von Regierungsrat Christian Jaekel, Berlin

Einteilung

Seite

I. Allgemeines .. 2452
1. Der Gewinnbegriff .. 2452
2. Die drei Vermögensgruppen .. 2453
a) Notwendiges Betriebsvermögen .. 2453
b) Gewillkürtes Betriebsvermögen .. 2453
c) Privatvermögen .. 2453
II. Die Abgrenzung des Betriebs- vom Privatvermögen .. 2454
1. Beim Vollkaufmann .. 2454
2. Bei Minderkaufleuten, Land- und Forstwirten .. 2455
3. Bei freien Berufen .. 2455
III. Liebhaberei .. 2456

*

I. Allgemeines

1. Der Gewinnbegriff

Das EinkStG. unterwirft nur bestimmte Einkunftsarten der Einkommensteuer. Es sind dies[1]):

1. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft.
2. Einkünfte aus Gewerbebetrieb.
3. Einkünfte aus selbständiger Arbeit.
4. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.
5. Einkünfte aus Kapitalvermögen.
6. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.
7. Sonstige Einkünfte im Sinne des § 22[2]).

Während bei den Einkunftsarten Nr. 4—7 die Höhe der steuerpflichtigen Einkünfte nach dem Überschuß der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt wird (§ 2 Abs. 4 Ziff. 2 EinkStG.), bildet bei den Einkunftsarten Nr. 1—3 der Gewinn die Ermittlungsgrundlage (§ 2 Abs. 4 Ziff. 1 EinkStG.). Gewinn ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluß des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen (§ 4 Abs. 1 EinkStG.). Für die Gewinnermittlung ist also allein das Betriebsvermögen ausschlaggebend, wohingegen das Privatvermögen hierbei unberücksichtigt bleibt. Die Unterscheidung zwischen Betriebsvermögen und Privatvermögen ist demnach für die Ermittlung des Gewinns von ausschlaggebender Bedeutung.

Die Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich ist jedoch für die zu 1—3 genannten Berufsgruppen, mit Ausnahme der Vollkaufleute, nicht zwingendes Recht. Nach § 4 Abs. 3 EinkStG. können sie auch den Gewinn durch Gegenüberstellung der Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben ermitteln, wenn das Betriebsvermögen am Schluß des einzelnen Wirtschaftsjahrs in der Regel nicht wesentlich vom Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs abweicht. Hierbei können wirtschaftlich ins Gewicht fallende Schwankungen im Betriebsvermögen, die in einem Wirtschaftsjahr ausnahmsweise auftreten, durch Zuschläge oder Abschläge berücksichtigt werden (§ 4 Abs. 3 S. 2 EinkStG.).

Beim Vollkaufmann[3]) ist hingegen die Gewinnermittlung durch Vermögensvergleich zwingendes Recht (§ 5 EinkStG.). Darüber hinaus bestimmt § 5 EinkStG. noch, daß beim Vollkaufmann das Betriebsvermögen anzusetzen ist, das nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung[4]) auszuweisen ist. Hieraus ergibt sich der Unterschied zu dem Vermögensvergleich, den die Land- und Forstwirte, Kleingewerbetreibenden und freien Berufe (selbständige Arbeit) vorzunehmen haben. Im Gegensatz zu diesen ist beim Vollkaufmann der Grund und Boden in den Vermögensvergleich miteinzubeziehen. Ferner ist beim Vollkaufmann die Aktivierungspflicht straffer und der Kreis der in das Betriebsvermögen aufzunehmenden Wirtschaftsgüter größer als bei der

[1]) § 2 Abs. 3 EinkStG.

[2]) Dies sind wiederkehrende Bezüge, vererbliche Renten, Leibrenten u. dgl. vgl. § 22 EinkStG.

[3]) Die Frage, ob ein Gewerbetreibender Vollkaufmann ist oder nicht, unterliegt entgegen früherem Recht nicht mehr der Nachprüfung des FinA. Maßgeblich ist vielmehr nach dem Wortlaut des § 5 EinkStG. 1938 allein die Eintragung im Handelsregister. Insofern ist die Überschrift des § 5 EinkStG. „Gewinn bei Vollkaufleuten" nicht folgerichtig, da ja nach dem Inhalt der Vorschrift auch ein versehentlich im Handelsregister eingetragener Minderkaufmann unter § 5 EinkStG. fällt.

[4]) Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ergeben sich aus den §§ 38 ff. HGB., § 131—133 AktG. und ergänzend aus § 162 RAO.

Gewinnermittlungsart nach § 4 Abs. 1 EinkStG. (vgl. weiter unten zu II 1).

Was die Höhe des Wertes anbelangt, der für das einzelne Wirtschaftsgut positiver oder negativer Art (Besitz- oder Schuldposten) anzusetzen ist, so ist hier nicht wie bei der Vermögensteuer die statistische, sondern die dynamische Betrachtungsweise anzuwenden. Es ist nicht das jeweilige Vermögen als isolierte Masse auf einen einzelnen Stichpunkt zu betrachten, sondern im Sinne der ständigen Betriebsentwicklung[5]). Die Wertveränderung, die das einzelne Wirtschaftsgut während des der Einkommensteuerveranlagung zugrunde zu legenden Zeitraumes erfahren hat, springt durch den Betriebsvermögensvergleich als Gewinn oder Verlust heraus. Die Wertveränderung des Privatvermögens hingegen interessiert die Einkommensteuer nicht. Absetzungen für die Abnutzung eines Wirtschaftsgutes, beispielsweise eines Autos, kann der Steuerpflichtige daher nur geltend machen, wenn es sich um ein zum Betriebsvermögen gehöriges Wirtschaftsgut handelt. Umgekehrt braucht er Werterhöhungen seines Privatvermögens nicht zu versteuern. Die Frage nach der Zugehörigkeit eines Wirtschaftsgutes zum Betriebs- oder Privatvermögen ist daher eine der für das Einkommensteuerrecht bedeutsamsten Fragen.

2. Die drei Vermögensgruppen

Man unterscheidet im Einkommensteuerrecht drei Vermögensgruppen:

a) Notwendiges Betriebsvermögen.
b) Gewillkürtes Betriebsvermögen[6]).
c) Privatvermögen[7]).

a) Notwendiges Betriebsvermögen.

Zum notwendigen Betriebsvermögen gehören alle Wirtschaftsgüter, die dem Betriebe dienen. Wirtschaftsgüter sind nicht nur körperliche Sachen oder Rechte im Sinne des bürgerlichen Rechts, sondern zu ihnen zählen alle nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter, gleich welcher Art, wie z. B. nicht patentierte Erfindungen, Betriebsgeheimnisse, der Firmenwert u. a. m.[8]). Daß diese Wirtschaftsgüter im bürgerlich-rechtlichen Eigentum des Betriebsinhabers stehen, ist gleichfalls für ihre Zurechnung zum Betriebsvermögen weder erforderlich noch beachtlich[9]). Das Steuerrecht kann nicht ohne weiteres die bürgerlich-rechtliche Rechtstellung für die Besteuerung maßgebend sein lassen. Es hat daher besondere Zurechnungsbestimmungen geschaffen. So gilt z. B. die Bestimmung, daß Wirtschaftsgüter, die jemand im Eigenbesitz hat, dem Eigenbesitzer zugerechnet werden müssen, oder daß Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen erworben worden sind, dem Treuhänder zugerechnet werden (vgl. § 11 StAnpG.)[10]).

Mit der Bezeichnung „notwendiges" Betriebsvermögen soll nun nicht etwa zum Ausdruck gebracht werden, daß der Steuerbehörde ein Nachprüfungsrecht darüber zustünde, welche und wieviel der einzelnen Wirtschaftsgüter sie zur Aufrechterhaltung und ertragsfähigen Gestaltung des Betriebes für erforderlich halte. Sie kann dem Steuerpflichtigen nicht etwa die Absetzung für die Abnutzung von Maschinen mit dem Hinweis streichen, daß er auch ohne diese Maschinen auskomme. Das Wort „notwendig" will vielmehr lediglich besagen, daß Wirtschaftsgüter, die ihrer Natur und ihrem Zweck nach dem Betriebe zu dienen bestimmt sind, nicht Privatvermögen sein können, sondern artbedingt dem Betriebsvermögen zuzurechnen sind[11]). Hierzu gehören beispielsweise Fabrikgebäude, Maschinen, Warenbestand, Warenforderungen und -schulden, ferner alle Wirtschaftsgüter, die mit Mitteln des Betriebes angeschafft worden sind und mit dem Betriebe in einem gewissen, wenn auch nur mittelbaren Zusammenhang stehen[12]).

b) Gewillkürtes Betriebsvermögen.

Es gibt Wirtschaftsgüter, die ihrer Natur nach geeignet sind, ebensogut den privaten Bedürfnissen des Steuerpflichtigen, wie seinem Betriebe zu dienen, zum Beispiel Geld, Wertpapiere und ähnliches mehr. Bei diesen Wirtschaftsgütern hängt es vom Willen des Steuerpflichtigen ab, ob er sie dem Betriebsvermögen oder dem Privatvermögen zurechnet[13]); daher die Bezeichnung „gewillkürtes" Betriebsvermögen. Dies gilt jedoch vorwiegend nur für Vollkaufleute. Der Kaufmann ist im Rahmen seines Betriebes nicht auf seinen eigentlichen Handelszweig beschränkt (§ 343 Abs. 2 HGB.), sondern kann auch außerhalb desselben Geschäfte machen, die im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten (§ 344 Abs. 1 HGB.). Diese Vermutung hat zwar nur Gültigkeit für das Rechtsverhältnis zwischen dem Kaufmann und seinen Vertragsgegnern, sie hat aber auch mittelbar eine gewisse Bedeutung für das Steuerrecht insofern, „als sie Ausfluß einer Lebenserfahrung sein mag, wonach ein Kaufmann im Zweifel die unter seiner Firma erworbenen Gegenstände, Forderungen und Schulden zu seinem Betriebsvermögen zählt, sofern sie nicht offensichtlich oder nach den besonderen steuerlichen Grundsätzen entweder dem Privatleben des Steuerpflichtigen oder einem anderen Betriebe zuzurechnen sind"[14]).

Diese Freiheit, die das Handelsrecht dem Kaufmann in seiner Betätigung gestattet, gewährt auch das Steuerrecht, indem es Geschäfte, die an sich außerhalb des betreffenden Handelszweiges liegen, als Betriebsvorgänge und ebenso auch gewillkürtes Betriebsvermögen als solches in weitgehendem Umfange anerkennt.

Bei Land- und Forstwirten, Minderkaufleuten und freien Berufen hingegen gibt es in der Regel kein gewillkürtes Betriebsvermögen. Hier entscheiden vielmehr zumeist die objektiven Verhältnisse. Der durch die Behandlung in der Buchführung zum Ausdruck kommende Wille des Steuerpflichtigen ist nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob das betreffende Wirtschaftsgut nach objektiven Gesichtspunkten wirklich dem Betriebe dient (vgl. weiter unten zu II 2).

c) Privatvermögen.

Zum Privatvermögen gehören alle Wirtschaftsgüter, die der persönlichen Lebenshaltung des Steuerpflichtigen und seiner Angehörigen dienen und nichts mit seinem Betriebe zu tun haben[15]). Aufwendungen für solche Güter sind nicht abzugsfähig. Dies ist in § 12 EinkStG. ausdrücklich bestimmt. Gegenstände des persönlichen Bedarfs, wie Kostbarkeiten, Schmuck, Gemälde können daher niemals Betriebsvermögen sein, es sei denn, daß diese Wirtschaftsgüter gerade Gegenstand des von dem Steuerpflichtigen betriebenen Gewerbes sind (Juwelier, Kunsthändler usw.). Zum Privatvermögen ist auch das Wohnhaus des Betriebsinhabers zu

---

[5]) Vangerow, EinkStG. 1934 S. 62.
[6]) Auch gekorenes Betriebsvermögen genannt.
[7]) Die vielfach gebrauchte Bezeichnung „notwendiges" Privatvermögen ist m. E. nicht logisch, zum mindesten aber überflüssig, weil es „gewillkürtes" Privatvermögen nicht gibt.
[8]) RFH. 32, 129; RStBl. 1928, 260.
[9]) RFH. 25, 174; RStBl. 1929, 450.
[10]) Diese Bestimmung lautet:
Für die Zurechnung bei der Besteuerung gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist, die folgenden Vorschriften:
1. Wirtschaftsgüter, die zum Zweck der Sicherung übereignet worden sind, werden dem Veräußerer zugerechnet.
2. Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen (entgeltlich oder unentgeltlich) übereignet worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet.
3. Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet.
4. Wirtschaftsgüter, die jemand in Eigenbesitz hat, werden dem Eigenbesitzer zugerechnet. Eigenbesitzer ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt.
5. . . . . .

[11]) RStBl. 1934, 404; 1935, 1495.
[12]) RStBl. 1929, 567; StW. 1935 Nr. 147.
[13]) RStBl. 1928, 60; 1932, 543.
[14]) RFH. 27, 347.
[15]) RStBl. 1935, 1495; 1936, 726.

rechnen; denn die Befriedigung des Wohnbedürfnisses gehört in erster Linie zur privaten Lebenshaltung[16]).

Ferner muß in diesem Zusammenhang der sog. Liebhabereibetrieb genannt werden. Hierunter versteht man die Unterhaltung eines Betriebes, ohne die Absicht, Gewinn zu erzielen. Ich komme hierauf noch zurück (vgl. III).

II. Die Abgrenzung des Betriebs- vom Privatvermögen

1. Beim Vollkaufmann

Soweit es sich um notwendiges Betriebsvermögen oder Privatvermögen handelt, ist die Behandlung der Wirtschaftsgüter in der Buchführung für ihre Zugehörigkeit zu einer dieser beiden Vermögensgruppen nicht maßgeblich. Maschinen und Lastkraftwagen sind bei einem Fabrikanten notwendiges Betriebsvermögen, auch wenn sie als Privatvermögen ausgewiesen sein sollten. Grundsätzlich gehören Wirtschaftsgüter, die gerade Gegenstand des von dem Steuerpflichtigen betriebenen Gewerbes sind, zum notwendigen Betriebsvermögen. Eine spätere Überführung solcher Gegenstände in das Privatvermögen ist steuerlich unbeachtlich. Hierzu ein Beispiel:

Ein Juwelier kaufte von einer Artistin eine sehr große aber äußerlich wenig schöne Perle für 3000 *RM*. Er bearbeitete sie, indem er die oberste Schale entfernte. Darunter kam eine schöne, kostbare Perle zum Vorschein, deren Wert von Sachverständigen auf mehrere Hunderttausend Mark geschätzt wurde. Da die Perle beim Juwelier notwendiges Betriebsvermögen ist, muß der durch ihre Veräußerung entstehende Gewinn versteuert werden. Eine vorherige Überführung in das Privatvermögen nutzt dem Juwelier nichts.

Ebenso sind die Wertpapiere des Bankiers in der Regel notwendiges Betriebsvermögen. Es ist zwar anzuerkennen, daß solche Effekten nicht in allen Fällen zum Betriebsvermögen zu rechnen sind. Es liegt bei Effektengeschäften immerhin etwas anders als bei sonstigen kaufmännischen Geschäften, weil Effektengeschäfte an sich auch außerhalb der geschäftlichen Betätigung vorkommen und zur Verwaltung jedes größeren Vermögens gehören. Unter gewissen Umständen kann daher anerkannt werden, daß ein Bankier beim Ankauf von Wertpapieren lediglich eine Handlung der Verwaltung seines Privatvermögens vorgenommen hat. Hierbei handelt es sich jedoch um Ausnahmefälle. Der RFH. hat sich hierzu wie folgt geäußert[17]): „Das, was man als geschickte Verwaltung des Vermögens bei Privatleuten und sonstigen Nichtbankiers nicht zum Gewerbebetrieb zu rechnen hat, muß bei einem Bankier, bei dem es sich um Ausnutzung beruflicher Fähigkeiten und Kenntnisse handelt, noch unter allen Umständen zum Gewerbebetriebe gerechnet werden."

Maßgeblich für die Zugehörigkeit zum notwendigen Betriebsvermögen ist also in erster Linie immer, ob das Wirtschaftsgut nach seiner Wesensart und ferner, ob es nach der Absicht, die sein Inhaber mit dem Erwerbe verfolgt hat, dem Betriebe zu dienen geeignet und bestimmt ist. Hiernach können Wertpapiere auch in anderen Gewerbezweigen, nicht nur beim Bankier, notwendiges Betriebsvermögen sein, wenn ein sachlicher Zusammenhang zum Betriebe besteht[18]). Ein lehrreiches Beispiel für solche Fälle bringt Wangerow[19]). Es sei in abgekürzter Form hier wiedergegeben:

Der Besitzer einer Lederfabrik erwirbt Aktien eines Kunden, einer Schuhfabrik AG., um durch Teilnahme an der Generalversammlung usw. näheren Einblick in deren Geschäftsgebaren zu bekommen. Hier sind die Aktien notwendiges Betriebsvermögen. Kauft nun der Lederfabrikant durch seinen Privatbankier immer mehr von diesen Aktien in der Absicht, sich allmählich zum wirtschaftlichen Beherrscher der Aktiengesellschaft zu machen, und bietet ihm eine andere Interessengruppe für die Aktien einen die Anschaffungskosten weit übersteigenden Preis, so ist der aus der Veräußerung erzielte Gewinn gewerblicher Gewinn und somit steuerpflichtig, auch wenn die Aktien in der Buchführung als Privatvermögen ausgewiesen sind.

Die Abgrenzung zwischen Betriebsvermögen und Privatvermögen ist beim Vollkaufmann besonders schwierig, weil er ja in weitem Umfange Wirtschaftsgüter, die an und für sich mit dem von ihm betriebenen Gewerbe nichts zu tun haben, zum (gewillkürten) Betriebsvermögen machen kann. Da sich nur Wertveränderungen des Betriebsvermögens steuerlich auswirken, liegt die Versuchung, durch Verschiebungen zwischen Privatvermögen und Betriebsvermögen den steuerpflichtigen Gewinn zu mindern, nahe. Hierfür einige Beispiele:

1. Ein zum gewillkürten Betriebsvermögen gehöriges Grundstück steht mit 100000 *RM* zu Buche. Dem Kaufmann werden hierfür 200000 *RM* geboten. Er überführt es daraufhin in das Privatvermögen und verkauft es alsdann zu dem ihm gebotenen Preise, um auf diese Weise den Gewinn von 100000 *RM* steuerfrei vereinnahmen zu können.

2. Wertpapiere werden dem Betriebsvermögen zu einem Zeitpunkt des Tiefstandes ihres Kurses entnommen, obwohl mit einer Kurssteigerung aller Wahrscheinlichkeit nach zu rechnen war.

3. Wertpapiere werden aus dem Privatvermögen in das Betriebsvermögen überführt, weil der Inhaber mit dem Fallen ihres Kurses rechnet.

Diese Beispiele könnten noch beliebig vermehrt werden. Es liegt auf der Hand, daß derartige Verschiebungen zwischen Privatvermögen und Betriebsvermögen in der Absicht, die Steuerpflicht zu umgehen, steuerlich unzulässig sind. Dies hat der RFH. in ständiger Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben. Es kann zwar dem Kaufmann grundsätzlich nicht verwehrt werden, Wirtschaftsgüter, die er aus privaten Mitteln gekauft hat, seinem Betriebsvermögen einzuverleiben und umgekehrt mit Mitteln des Betriebes erworbene Wirtschaftsgüter in das Privatvermögen zu überführen. Eine solche Maßnahme ist aber trotz klarer Buchführung unbeachtlich, wenn sie offensichtlich aus steuerlichen Gründen geschehen ist, um einen Betriebsverlust ausweisen zu können oder einen Gewinn der Besteuerung zu entziehen[20]).

Die Überführung aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen stellt buchtechnisch eine Entnahme und im umgekehrten Falle eine Einlage dar. Unbedingtes Erfordernis für die steuerliche Anerkennung einer solchen Maßnahme ist, daß diese in der Buchführung eindeutig und klar zum Ausdruck kommt[21]). Insbesondere ist es unzulässig, das betreffende Geschäft in der Buchführung in der Schwebe zu lassen und seine Behandlung als betrieblichen oder außerbetrieblichen Vorgang später rückwirkend danach vorzunehmen, wie sich das Geschäft ausgewirkt hat; denn nicht umsonst schreibt § 162 Abs. 2 RAbgO. vor, daß die Eintragungen in die Bücher fortlaufend, vollständig und richtig bewirkt werden sollen. Ist ein Wirtschaftsgut erst einmal dem in der Buchführung zum Ausdruck gekommenen Willen des Steuerpflichtigen gemäß (gewillkürtes) Betriebsvermögen geworden, so bleibt es auch für immer Betriebsvermögen, es sei denn, daß es tatsächlich später zu betriebsfremden oder privaten Zwecken benutzt wird[22]). Diese unbedingte Bindung des Kaufmannes an die einmal in der Buchführung vorgenommene Behandlung ist nur insoweit gelockert, als er Irrtümer glaubhaft machen kann. Ist die Buchung auf einen Irrtum des Steuerpflichtigen über ihre steuerlichen Auswirkungen zurückzuführen, so kann sie unter bestimmten Voraussetzungen rückgängig gemacht (storniert) werden[23]).

Der Rahmen des kaufmännischen Betriebes an sich ist unbeschränkt, und es steht dem Kaufmann frei, in sein kaufmännisches Unternehmen alle möglichen Gegenstände einzubeziehen. Diese Einbeziehung in den kaufmännischen Betrieb

[16]) Mrozeks Kart. EinkStG. 1925 § 13 R. 559; vgl. ferner hierüber und über die Frage, wie bei teils privat teils gewerblich genutzten Gebäuden zu entscheiden ist; Kapp: JW. 1938, 1437.

[17]) RStBl. 1931, 110; vgl. auch RStBl. 1931, 939.

[18]) RStBl. 1929, 270; 1936, 861; 1937, 1007.

[19]) DStZ. 1936, 1069 (1029).

[20]) RStBl. 1932, 543.

[21]) RStBl. 1928, 107; 1929, 567; 1931, 8; 1932, 543; 1934, 404.

[22]) RStBl. 1929, 175, 448.

[23]) RStBl. 1930, 633.

darf jedoch, wie bereits dargelegt, nicht lediglich aus steuerlichen Gründen erfolgen. Vielmehr müssen, wie der RFH. sagt, „kaufmännisch-betriebliche" Gründe vorliegen[24]). Mangels solcher Gründe können, ebenso wie die Behandlung von Wirtschaftsgütern des notwendigen Betriebsvermögens als Privatvermögen steuerlich nicht zulässig ist, auch betriebsfremde Wirtschaftsgüter nicht als Betriebsvermögen anerkannt werden.

Besitzt ein Kaufmann beispielsweise zwei Kraftwagen, einen Geschäfts- und einen Privatkraftwagen, so kann letzterer unter keinen Umständen als Betriebsvermögen ausgewiesen und als kurzlebiges Wirtschaftsgut abgeschrieben werden, auch wenn er gelegentlich für Betriebszwecke benutzt wird[25]). Ebenso bleibt das Privatwohnhaus stets Privatvermögen, mag es auch für Zwecke des Betriebes mit Hypotheken belastet sein[26]). Darlehnsforderungen an Verwandte des Betriebsinhabers sind in der Regel Privatvermögen, es sei denn, daß für die Hingabe des Darlehns nicht in erster Linie die verwandtschaftlichen Beziehungen ausschlaggebend waren, sondern daß damit geschäftliche Zwecke verfolgt wurden[27]). Eine Abschreibung einer solchen Darlehnsforderung als uneinbringlich kann daher steuerlich niemals als gewinnmindernd anerkannt werden. Der RFH. hat es auch abgelehnt, das Landgut, das ein Kaufmann aus Mitteln des Betriebes erworben hatte, als Betriebsvermögen anzuerkennen. Im allgemeinen lägen hier, so sagt der RFH., keine „kaufmännisch-betrieblichen" Gründe vor, die den Kaufmann berechtigten, das Landgut in sein kaufmännisches Unternehmen einzubeziehen. Dies sei vielmehr nur dann zuzulassen, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen dem kaufmännischen Betrieb und dem landwirtschaftlichen Unternehmen gegeben sei, wenn das landwirtschaftliche Unternehmen zu Zwecken des kaufmännischen Betriebes erworben worden sei oder genutzt werde[28]). Man wird das Vorliegen eines solchen Zusammenhanges aber auch bejahen müssen, wenn es sich um einen rein zufälligen handelt, wenn beispielsweise der Kaufmann in dieser Eigenschaft dem Landwirt einen Kredit gegeben hat, zu dessen Rettung er gezwungen ist, das Landgut zu erwerben. Es liegt hier eine Art dinglicher Surrogation vor, insofern, als die Eigenschaft des Darlehns als Betriebsvermögen auf das zu seiner Rettung erworbene Landgut übergeht. Auch ein lediglich zu Spekulationszwecken erworbenes Gut kann Betriebsvermögen sein[29]).

Bei der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens erscheint es unmöglich, eine allgemein gültige Norm für die Abgrenzung des Betriebsvermögens vom Privatvermögen beim Kaufmann zu geben. Die genannten Beispiele und Einzelfälle können nur Richtlinien dafür zeigen, nach welchen Gesichtspunkten diese Abgrenzung zu beurteilen ist. Einfacher liegt der Fall bei Steuerpflichtigen, bei denen der Gewinn nach § 4 EinkStG. zu ermitteln ist.

2. Bei Minderkaufleuten, Land- und Forstwirten

Die für den Vollkaufmann bestehende Möglichkeit, auch außerhalb des eigentlichen Geschäftszweiges liegende Gegenstände zum (gewillkürten) Betriebsvermögen zu machen, ist für die gemäß § 4 EinkStG. Steuerpflichtigen, die Kleingewerbetreibenden, Land- und Forstwirte und freien Berufe, mehr oder weniger stark eingeschränkt, ja, sie wird sogar zum Teil gänzlich verneint[30]).

Dieser strengen Auffassung kann jedoch, zum mindesten in bezug auf die Minderkaufleute, nur mit Einschränkung gefolgt werden; denn auch der Minderkaufmann ist Kaufmann. Für ihn gelten also wie für den Vollkaufmann die Vorschriften der §§ 343, 344 HGB., wonach der Rahmen seiner gewerblichen Betätigung nicht auf sein eigentliches Unternehmen beschränkt ist. Auch der RFH. zieht, sofern ordnungsmäßige Buchführung nach den Vorschriften des HGB. vorhanden ist, den in dieser zum Ausdruck gekommenen Willen des Minderkaufmanns bei der Entscheidung der Frage, ob Betriebsvermögen oder Privatvermögen vorliegt, heran[31]).

Allerdings verliert praktisch gesehen das gewillkürte Betriebsvermögen für den Minderkaufmann deshalb an Bedeutung, weil seiner Buchführung nicht derselbe Wert beigemessen werden kann, wie der Buchführung eines Vollkaufmanns. Es ist zu beachten, „daß bei Handwerkern und Kleingewerbetreibenden, selbst wenn sie Bücher nach Art der kaufmännischen Buchführung führen, ein zu strenger Maßstab an die buchmäßige Behandlung von Geschäftsvorfällen usw. nicht gelegt werden darf. Es ist daher in diesen Fällen der Beurteilung ein mehr objektiver Maßstab zugrunde zu legen"[32]). In der Regel wird daher, abgesehen von vereinzelten Ausnahmen, beim Minderkaufmann gewillkürtes Betriebsvermögen ausscheiden, so daß bei der Abgrenzung des Betriebs- vom Privatvermögen lediglich die Frage zu prüfen ist, ob das betreffende Wirtschaftsgut seiner Natur nach dem Betriebe zu dienen bestimmt ist oder nicht. Dies entscheidet sich nach den gleichen Grundsätzen, wie beim Vollkaufmann. Es kann daher insoweit auf die Ausführungen zu I 2 a und II 1 verwiesen werden.

Auch beim Landwirt ist der Kreis der zum Betriebsvermögen gehörigen Wirtschaftsgüter praktisch auf notwendiges Betriebsvermögen beschränkt. Sein Wohnhaus gehört im Gegensatz zu den Steuerpflichtigen der anderen Berufsgruppen auf Grund ausdrücklicher Vorschriften zum Betriebsvermögen (§ 29 RBewG., § 13 Abs. 2 Ziff. 2 EinkStG.), sofern nicht seine Größe außer Verhältnis zu der Größe des Betriebes steht[33]). Auch Beteiligungen an gewerblichen Betrieben können beim Landwirt notwendiges Betriebsvermögen sein, nämlich dann, wenn sie zur Verbesserung der Absatzmöglichkeiten für die im landwirtschaftlichen Betriebe erzeugten Früchte erworben worden sind. Dies wird bei Anteilen an Zuckerfabriken, Molkereien, Elektrizitätswerken, Ein- und Verkaufsgenossenschaften usw. regelmäßig der Fall sein. Hingegen hat der RFH. die Beteiligung eines Landwirts an einer Mälzerei AG. nicht als Betriebsvermögen anerkannt, weil es dem Landwirt hierbei nicht überwiegend auf die Verwertung der eigenen Erzeugnisse angekommen sei. Bei Mälzereien, so führt der RFH. aus[34]), liege es anders als bei Zuckerfabriken, Molkereien usw., weil die Verwertung der Braugerste nicht in dem Maße an den örtlichen Absatz gebunden sei.

Auch Wertpapiere können beim Landwirt nicht als zum Betriebsvermögen gehörig anerkannt werden; denn es entspricht der Verkehrsauffassung, daß Wertpapiere grundsätzlich als zum Privatvermögen gehörig anzusehen sind. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Wertpapiere mit Mitteln der aus dem landwirtschaftlichen Betrieb genommenen Erträge angekauft worden sind oder mit Privatmitteln; denn der Landwirt erblickt in dieser Anlage kein Betriebskapital, sondern „den Spargroschen für das Alter und das Erbteil seiner Kinder"[35]). Solches Sparkapital ist Privatvermögen.

3. Bei freien Berufen

Beim freien Beruf ist der Kreis der zum Betriebsvermögen gehörigen Wirtschaftsgüter am kleinsten. Die Grenzen zwischen Betriebs- und Privatvermögen sind hier besonders scharf gezogen. Dies hat seinen Grund in der besonderen Wesensart des freien Berufs, dessen Aufgabenkreis einzig und allein auf selbständige Arbeitsleistung abgestellt und jeglichen gewerblichen Charakters entkleidet ist. Es sei hier in der Hauptsache der typische Vertreter des freien Berufs, der Rechtsanwalt, behandelt.

---

[24]) StW. 1936 Nr. 230.
[25]) RStBl. 1935, 1495.
[26]) RStBl. 1936, 278.
[27]) RStBl. 1929, 410.
[28]) StW. 1936 Nr. 230.
[29]) StW. 1937 Nr. 35.
[30]) Blümich, 3. Aufl., § 5 Anm. 1 S. 109.
[31]) RStBl. 1933, 1081. Hier heißt es bezüglich des Grundstückes eines Handwerkers: „Entscheidend ist, ob der Wille, das Grundstück ganz zum Betriebsvermögen zu rechnen, klaren Ausdruck gefunden hat."
[32]) RStBl. 1933, 1082.
[33]) RStBl. 1932, 1089.
[34]) RStBl. 1938, 645.
[35]) RStBl. 1931, 5 und das in dieser Entscheidung wiedergegebene ausführliche und interessante Gutachten des deutschen Landwirtschaftsrates.

Bei ihm taucht häufig die Frage auf, ob kapitalistische Beteiligungen, der Erwerb von Wertpapieren, die Übernahme von Bürgschaften und ähnliche kapitalistische Geschäfte sein Einkommen aus der Anwaltstätigkeit im steuerlichen Sinne berühren oder nicht, ob also diese Wertpapiere oder Bürgschaftsverpflichtungen usw. zu seinem (positiven oder negativen) Betriebsvermögen gehören.

Nach der Rechtsprechung des RFH. kommt es in diesen Fällen darauf an, ob der Anwalt das betreffende Geschäft in unmittelbarem Zusammenhange mit seinen Einkünften aus der Anwaltstätigkeit gemacht hat oder nicht. Hat er beispielsweise ein Darlehn gegeben oder eine Bürgschaft geleistet, um einen gefährdeten Außenstand aus seiner anwaltlichen Tätigkeit hereinzubekommen, so müssen Verluste aus solchen Geschäften als Werbungskosten anerkannt werden, weil es sich hier um Aufwendungen handelt, die zur Sicherung oder Erhaltung von Einkünften aus selbständiger Arbeit gemacht worden sind (§ 9 EinkStG.). Besteht jedoch kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Anwaltstätigkeit und dem Kapitalgeschäft, so sind Verluste aus letzterem nicht von den Einkünften aus selbständiger Arbeit abzugsfähig, weil durch solche Verluste nicht das Betriebsvermögen, sondern lediglich das Privatvermögen berührt wird[36]).

Auch Verluste, die Anwälten als Mitgliedern des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft anläßlich der Beteiligung an einer solchen Gesellschaft entstehen, sind in der Regel bei den Einkünften aus der Anwaltstätigkeit nicht zu berücksichtigen. Zwar ist die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft im allgemeinen als ein Ausfluß seiner Berufstätigkeit als Rechtsanwalt zu betrachten[37]). Nicht hingegen zur Anwaltstätigkeit gehört der Abschluß eigener auf Gewinn abgestellter kapitalistischer Geschäfte, wenn diese mit der Absicht vorgenommen werden, sich die Fortdauer einer bestehenden Beziehung zur Mandantschaft zu sichern. „Hierunter fällt zwar nicht die Betätigung als Mitglied des Aufsichtsrats selbst, die eine juristisch wirtschaftliche, persönliche Tätigkeit ist, wohl aber solche Werbehandlungen, die zu dem Zwecke ausgeführt werden, sich eine solche Tätigkeit zu verschaffen, vornehmlich aber Werbehandlungen, die mit anderen Mitteln als der Nutzbarmachung persönlicher Kenntnisse und Erfahrungen, insbesondere durch Aufwendung von Kapital, ausgeübt werden. Denn gerade das Werben um Tätigkeit ist dem Anwaltsstande fremd ... Hierunter fallen alle die Fälle eigener Kapitalgeschäfte des Anwalts, die in der Absicht vorgenommen werden, entweder einen Mandanten zu stützen oder zu sanieren oder ein Geschäft zustande zu bringen und dadurch für sich selbst die Gelegenheit zu anwaltlicher Berufstätigkeit zu schaffen[38])."

Dieser vom RFH. in ständiger Rechtsprechung vertretene Standpunkt gilt heute mehr denn je; denn einmal ist dem früher häufig gemachten Einwand, der Staat belege den Anwalt mit Gewerbesteuer, müsse ihm also auch die dem Kaufmann hinsichtlich solcher Geschäfte gewährte steuerliche Freiheit lassen, durch den Fortfall der Gewerbesteuer für freie Berufe der Wind aus den Segeln genommen, zum anderen hat die ethische Auffassung vom Anwaltsberuf als dem Beruf des freien, nicht durch Geldinteressen in seiner Tätigkeit beeinflußten Dieners am Recht durch den nationalsozialistischen Staatsgedanken eine neue Stärkung erfahren.

Gewinne und Verluste aus derartigen Geldgeschäften wirken sich hiernach also auf die Einkünfte aus selbständiger Arbeit nicht aus. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß sie sich einkommensteuerlich überhaupt nicht auswirken. Soweit es sich um Gewinne handelt, werden diese als Einkünfte aus Kapitalvermögen oder als sonstige Leistungsgewinne im Sinne des § 22 Ziff. 3 EinkStG. zur Einkommensteuer heranzuziehen sein[39]). Verluste hingegen könnten steuerlich nur berücksichtigt werden, wenn man Einkünfte aus Gewerbe annimmt. Diese Annahme scheidet jedoch schon deswegen aus, weil es sich bei den fraglichen Geschäften zumeist um gelegentliche Geschäfte handelt. Sodann aber ist ja gerade nach der zitierten Rechtsprechung beim Anwalt die persönliche Arbeit die Hauptsache, während die Geldseite, das Wagen und Gewinnen, also der Gedanke des Unternehmens zurücktritt.

Für die anderen freien Berufe gelten die gleichen Grundsätze[40]). Jedoch muß auch hier der Verschiedenartigkeit der einzelnen Berufe Rechnung getragen werden. An einen Arzt, der ein Sanatorium unterhält, wird beispielsweise nicht der gleiche Maßstab angelegt werden können, wie an einen Rechtsanwalt. Bei einem im Filmwesen tätigen selbständigen Ingenieur hat der RFH. die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als einen beruflichen Vorgang anerkannt, weil sich hier die selbständige Tätigkeit der gewerblichen Betätigung näherte. Der RFH. führt hierzu aus[41]): „Die Erhaltung und die weitere Gewinnung von Beteiligungen können, auch wenn es sich um Kapitalgesellschaften handelt, nach der besonderen Lage des Falles in ausreichendem Zusammenhang mit der Ausübung der selbständigen Berufstätigkeit des Beschwerdeführers stehen, so daß alsdann die Verwertung solcher Kapitalbeteiligungen, ähnlich wie beim Gewerbetreibenden zum Gewerbebetrieb, hier organisch zu den Einkünften aus selbständiger Berufstätigkeit gehören kann."

III. Liebhaberei

Der Vollständigkeit halber müssen im Rahmen dieses Aufsatzes noch kurz die sog. Lieberhabereieinkünfte erwähnt werden, weil auch hier die Trennung des privaten Lebenskreises von dem steuerlich allein beachtlichen Betriebsvermögen und den hiermit in Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben und -einnahmen eine Rolle spielt.

Wie bereits eingangs erläutert ist, unterliegen nur die im § 2 Abs. 3 EinkStG. aufgezählten Einkunftsarten der Einkommensteuer. Hierunter fallen jedoch nicht Einkünfte aus Betätigungen, bei denen die ernstliche Absicht der Gewinnerzielung fehlt[42]); denn aus dem obersten und letzten Endes alleinigen Zwecke des EinkStG., dem Reiche Einnahmen zu verschaffen, ergibt sich, daß, soweit die im § 2 Abs. 3 EinkStG. aufgezählten Einkunftsarten eine bestimmte Tätigkeit, eine Beteiligung am Wirtschaftsleben voraussetzen, wesentliches Merkmal dieser Tätigkeit nicht nur das Streben nach Erzielung von Einnahmen, sondern von *Einkommen im Sinne des Gewinns* bzw. eines Einnahmeüberschusses sein muß[43]).

Einkünfte aus sportlicher Betätigung[44]), Jagd[45]), Luxusgütern, Rennställen usw. sind daher, wenn die Absicht der Gewinnerzielung fehlt, ebensowenig steuerpflichtig, wie andererseits Verluste aus solchen Betätigungen auch nicht ausgleichsfähig sind, die steuerpflichtigen Einkünfte also nicht mindern können. Ob die Absicht der Gewinnerzielung vorhanden ist oder fehlt, ist jeweils Tatfrage und nicht immer leicht zu entscheiden. Die Abgrenzung zwischen gewerblichem oder landwirtschaftlichem Betrieb einerseits und dem privaten Lebenskreis, hier Liebhaberei, andererseits darf aber nicht darauf abgestellt werden, was *subjektiv* der angebliche oder tatsächliche Wille des Steuerpflichtigen ist, und auch nicht darauf, wie er die in Betracht kommenden Wirtschaftsgüter buchmäßig behandelt hat. „Maßgebend ist vielmehr die Entscheidung der *objektiven* Frage, ob der Betrieb nach seiner Wesensart und nach der Art seiner Bewirtschaftung auf die Dauer gesehen nachhaltig mit Gewinn zu arbeiten vermag[46])." Hiernach ist auch nicht das Ergebnis eines Jahres der Beurteilung zugrunde zu legen, und es kann der Steuerpflichtige nicht in Verlustjahren gewerblichen bzw. landwirtschaftlichen Betrieb und in Gewinnjahren Liebhaberei und umgekehrt das FinA.

[36]) RFH. 27, 186.
[37]) RFH. 31, 112.
[38]) StW. 1935 Nr. 330; RStBl. 1935, 870.
[39]) RFH.: StW. 1935 Nr. 341 und *Becker*, daselbst, Abhandlungen S. 792.
[40]) Vgl. die für Bücherrevisoren und Steuerberater ergangenen Urteile des RFH.: StW. 1934 Nr. 89 und 1935 Nr. 343.
[41]) RStBl. 1934, 648.
[42]) RFH. 35, 161.
[43]) RFH. 15, 20.
[44]) Es sei denn, daß es sich um Berufssport (Berufsboxer, -tennisspieler usw.) handelt.
[45]) Beim Landwirt gehören die Erträgnisse seiner Jagd allerdings zu den steuerpflichtigen Einkünften aus Landwirtschaft.
[46]) RStBl. 1937, 1233.

nicht in Verlustjahren Liebhaberei und in Gewinnjahren gewerbliche Einkünfte behaupten. Maßgebend ist vielmehr der ganze Sachverhalt, auf die Dauer und auf lange Sicht betrachtet.

Berühren solche Liebhabereieinkünfte oder -verluste auch nicht die steuerpflichtigen Einkünfte, so sind doch andererseits Zinsen von Schulden, die zur Befriedigung einer Liebhaberei aufgenommen werden, unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. als Sonderausgaben abzugsfähig. Nach dieser Bestimmung sind Schuldzinsen, die weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind, noch mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, als Sonderausgaben abzugsfähig. In einem vom RFH. entschiedenen Falle hatte ein Steuerpflichtiger zwecks Pachtung einer Jagd ein Bankdarlehn aufgenommen. Die Vorinstanzen hatten die Abzugsfähigkeit der hierfür gezahlten Zinsen verneint, weil diese mit bei der Veranlagung außer Betracht bleibenden Einkünften in Zusammenhang stünden. Der RFH. hat hingegen den Abzug zugelassen, weil der Begriff „Einkünfte" im § 10 EinkStG. voraussetze, daß es sich um eine der in § 2 Abs. 3 EinkStG. bezeichneten Einkunftsarten handele, zu denen die Jagd unstreitig nicht gehöre. „Es handelt sich", so führt der RFH. weiter aus, „bei der Jagd um Liebhabereiausgaben, die dem Gebiet der Lebenshaltung angehören. Ausgaben hierfür können grundsätzlich nicht als Werbungskosten angesetzt werden. Das hindert aber nicht den Abzug der Schuldzinsen, da für sie ausdrücklich in § 10 EinkStG. anerkannt ist, daß sie, auch wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind, vom Gesamteinkommen als Sonderausgaben abgezogen werden können. Das Gesetz geht davon aus, daß Schuldzinsen, gleichgültig woher die Schuld stammt, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen beeinträchtigen und deshalb abzuziehen sind[47]).

[47]) StW. 1937 Nr. 548.

Mandatsverträge und Reichsfinanzhof

Von Ministerialrat Dr. Kurt Eiffler, Berlin

I. In mehreren Aufsätzen in der JW. ist die Frage der Steuerpflichtigkeit von Mandatsverträgen der Rechtsanwälte nach dem UrkStG. v. 5. Mai 1936 (RGBl. I, 407) eingehend nach den verschiedensten Richtungen hin erörtert worden. Zu vgl. JW. 1936, 3037, 3299, 3430; 1937, 601, 915, 979. Nicht nur ist die Frage der Steuerpflicht überhaupt behandelt worden, sondern auch die der Steuerberechnung und der Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift im § 14 UrkStG. Der gen. § 14 erklärt „Dienstverträge" für steuerpflichtig. Steuerpflichtig ist auch der sog. Korrespondenzvertrag, d. h. der Vertrag, der „durch Austausch von Briefen oder sonstigen schriftlichen Mitteilungen zustande gekommen ist". Die Steuer berechnet sich nach der gesamten vereinbarten Vergütung, bei bestimmter Dauer des Vertrags höchstens nach der Vergütung für fünf Jahre. Ein Dienstvertrag mit einer Jahresvergütung von 3600 *RM* ist von der Besteuerung ausgenommen. — Neben der Rechtsfrage sind auch technische Schwierigkeiten bei der Durchführung der Versteuerung von Mandatsverträgen in den Vordergrund gestellt worden.

II. Um die Rechtsfrage zu klären und die Schwierigkeiten bei der Urkundenbesteuerung zu beseitigen, hat der Erlaß des Reichsministers der Finanzen v. 1. Febr. 1937, S 5800 — 30 III, RStBl. 322, unter III hierzu Stellung genommen und das Erforderliche angeordnet. Zur Rechtsfrage ist in dem Erlaß folgendes ausgeführt. Der Mandatsvertrag eines Rechtsanwalts ist in der Regel Dienstvertrag, daher steuerpflichtig nach § 14 UrkStG. Der Vertrag ist zwar für eine bestimmte Zeit, nämlich für die Dauer eines bestimmten Auftrags, abgeschlossen, aber nicht für einen bestimmten Zeitabschnitt. Daher ist die Bestimmung des § 14 nicht anwendbar, die an einen bestimmten Zeitabschnitt anknüpft; die Befreiungsvorschrift in Abs. 4 Ziff. 1 zugunsten der Dienstverträge, die eine Jahresvergütung von nicht mehr als 3600 *RM* (also eine Monatsdurchschnittsvergütung von 300 *RM*) festsetzen, gilt mithin nicht für die Mandatsverträge. Dasselbe ist zu sagen von der Vorschrift in Abs. 2 Ziff. 1, die als Grundlage für die Steuerberechnung die Vergütung von höchstens fünf Jahren vorsieht. Zu beachten bleibt § 4 Abs. 1 Ziff. 1; danach ist der Mandatsvertrag steuerfrei, bei dem das Gesamtentgelt 150 *RM* nicht übersteigt. Zu vgl. auch Eiffler, „UrkStG.", Anm. 3a, 8b und 10a zu § 14.

III. Es war zu erwarten, daß die Frage der Steuerpflichtigkeit von Mandatsverträgen sehr bald auch die Finanzgerichte beschäftigen würde. Heute liegt bereits das Urteil des Reichsfinanzhofs v. 19. Aug. 1938, II 396/37 vor. (In diesem Heft S. 2498[39] abgedruckt.) Ihm kommt um so größere Bedeutung zu, als es ergangen ist, nachdem das Problem eingehend in der Öffentlichkeit erörtert worden ist. Es muß als sicher angenommen werden, daß der RFH. in Kenntnis namentlich der Abhandlung in dieser Zeitschrift (vgl. oben) und daher nach Würdigung des Für und Wider sich seine Meinung gebildet hat. Sie entspricht genau der Auffassung der Finanzverwaltung, wie sie in dem angeführten Finanzministerialerlaß zum Ausdruck gekommen ist. Bei dieser Übereinstimmung ist für die Zukunft davon auszugehen, daß die Steuerpflichtigkeit der Mandatsverträge von Anwälten unabänderlich ist. Dabei mag daran erinnert werden, daß die befürchteten Schwierigkeiten bei der Durchführung der Versteuerung, die bei der Erörterung des Problems zunächst ins Treffen geführt worden sind, durch den Ministerialerlaß im wesentlichen als behoben anzusprechen sind; die an sich erforderliche Überwachung der Versteuerung durch das Finanzamt ist ersetzt durch die Eigenkontrolle des Anwalts; dieser ist weiter zur Selbstverwendung von Steuermarken ermächtigt.

IV. Das Reichsfinanzhofsurteil stellt folgende Rechtssätze auf.

1. Die Mandatsverträge der Rechtsanwälte sind auch unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Stellung dieser in der Regel als Dienstverträge im Sinn des bürgerlichen Rechts anzusehen, und — ohne Widerspruch mit den Grundsätzen des StAnpG. — ist nach § 14 UrkStG. ihre Steuerpflichtigkeit anzunehmen; nationalsozialistische Weltanschauung steht dem nicht entgegen.

2. Da die Dauer des Mandatsvertrags sich aus der Beschaffenheit und dem Zweck der Dienstleistung ergibt, ist er als „Vertrag auf bestimmte Zeit" anzusehen; er ist daher mit der gesamten für die Dienstleistung zu entrichtenden Vergütung steuerpflichtig.

3. Der Mandatsvertrag ist zwar für eine bestimmte Zeit abgeschlossen, die Vergütung richtet sich aber nicht nach Zeitabschnitten; die Befreiungsvorschrift in § 14 UrkStG. zugunsten der Dienstverträge, bei denen die Vergütung, auf eine einjährige Vertragsdauer errechnet, eine bestimmte Höhe (3600 *RM*) nicht überschreitet, ist daher nicht auf den Mandatsvertrag anzuwenden. (Es mag hier unerörtert bleiben, ob nicht die Befreiungsvorschrift schon deswegen auf Mandatsverträge unanwendbar ist, weil sie nach Abs. 7 der Begründung zu § 14 „hauptsächlich kleine und mittlere Angestellte" — d. h. doch Dienstverpflichtete, die durch das betreffende Dienstverhältnis ganz in Anspruch genommen werden! — begünstigen will.)

4. Aus dem gleichen Grund wie zu 3 ist die Versteuerungsbeschränkung auf eine Vergütung von höchstens fünf Jahren nicht anwendbar.

V. Nachdem der RFH. — wie oben gezeigt unter Berücksichtigung aller bisher erhobenen Einwendungen — eindeutig und bestimmt Stellung genommen hat, dürfte es überflüssig sein, noch zu den einzelnen Einwendungen aus den früheren Erörterungen hier sich zu äußern. Nur das sei noch gesagt, daß sie nicht stichhaltig, zum Teil sogar abwegig erscheinen. Auch von gewissen Einwendungen, die bisher noch

nicht geltend gemacht worden, aber durchaus möglich sind, wird hier abzusehen sein, sie würden nicht als durchschlagend anzusehen sein. Jedenfalls kann m. E. nicht gesagt werden, daß das Ergebnis nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Denn dieser geht dahin, grundsätzlich alle bürgerlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen, soweit sie urkundlich in Erscheinung treten, steuerlich zu erfassen. Zu vgl. auch Eiffler, „UrkStG.", Anm. 3g zu § 9, S. 180 oben.

VI. Interessant sind auch die vom RFH. behandelten Einzelfälle, soweit für sie die Steuerpflicht wegen Vorliegens eines Korrespondenzvertrages (s. oben) bejaht wird. Daß ein Vertrag „durch Austausch von schriftlichen Mitteilungen" zustande gekommen ist, lassen nach dem Urteil folgende Redewendungen erkennen:

„Ich bitte Sie, mich in dem Rechtsmittelverfahren zu vertreten." — „Ich bin bereit, das Rechtsmittelverfahren für Sie durchzuführen."

„Wir fragen an, ob Sie bereit sind, unsere Vertretung zu übernehmen." — „Ich erkläre mich grundsätzlich gern bereit, Ihre Vertretung zu übernehmen. Ihren weiteren Informationen sehe ich entgegen."

„Wir bitten Sie, für uns die beiden anliegenden Forderungen einklagen zu wollen." — „Ich bestätige die Annahme des Mandats."

Urkundensteuer bei Anwaltsverträgen

Von Rechtsanwalt Dr. Koppe und Rechtsanwalt Dr. Dr. Megow, Fachanwälte für Steuerrecht, Leiter der Steuerstelle der Reichs-Rechtsanwaltskammer

1. Nach Auffassung der Anwaltschaft ist das letzte Wort hinsichtlich der Urkundenbesteuerung der Anwaltsverträge noch nicht gesprochen. Der 2. Sen. des RFH. hat in seinem Urteil v. 19. Aug. 1938 den Anwalts-Mandatsvertrag als Dienstvertrag behandelt. Die Urteilsbegründung beruft sich auf die Stellungnahme des RG. Die vom 2. Sen. zu seiner Begründung des Urteils verwendeten Entscheidungen des RG. in Zivilsachen liegen sämtlich vor 1933. Auch die 9. Aufl. des Kommentars des BGB. von Staudinger ist vor der Machtergreifung, nämlich im Jahre 1928 erschienen. Die 8. Aufl. des RGRKomm. ist allerdings im Jahre 1934/35 erfolgt. Der RFH. übersieht aber die Entwicklung der Stellung des Rechtsanwalts im nationalsozialistischen Staat. Nach dem Vorspruch der RRAO. ist der Rechtsanwalt „der berufene, unabhängige Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten. Sein Beruf ist kein Gewerbe, sondern Dienst am Recht". In dem Kommentar zur RAO. hat der frühere Oberstaatsanwalt im Reichsjustizministerium, Generalstaatsanwalt Dr. Vollmer, anschließend an den Vorspruch folgendes ausgeführt:

> „Der Anwaltsberuf ist dem Wesen nach auch nicht nur ein sogenannter freier Beruf. Der Rechtsanwalt wird zwar selbständig und auf eigene Gefahr und Rechnung tätig. Seine Tätigkeit ragt aber in einer eigentümlichen Weise in den Aufgabenbereich der Rechtspflege des Reiches hinein: Der Rechtsanwalt wendet Recht an, hilft Gesetze, d. h. besonders feierlich ergehende Befehle der Staatsführung durchsetzen. Er müht sich an verantwortlicher Stelle um eine richtige Anwendung dieser Gesetze, d. h. um eine solche, die Gemeinnutzen und schutzwertes Einzelinteresse in ein gerechtes Verhältnis zueinander bringt. Diese bezeichnende Mittlerrolle stellt ihn an die Seite der beamteten Glieder der Rechtspflege des Reiches. Sie wirkt sich aber ebenso in der rechtsberatenden und rechtsbetreuenden Arbeit des Rechtsanwalts aus und macht diese erst zu einer eigentlich anwaltlichen Tätigkeit."

Das Gewicht dieser ausgezeichneten Erläuterung liegt auf den Worten: „Diese bezeichnende Mittlerrolle stellt ihn an die Seite der beamteten Glieder der Rechtspflege des Reiches."

Auch das neuere Schrifttum sieht in dem Anwaltsvertrag keinen Dienstvertrag (vgl. Danielcik-Medem, „RAGebO." S. 3).

Von besonderer Bedeutung ist das Urteil des OLG. Hamburg v. 17. Mai 1938 (3 U 150/37 = JW. 1938, 2035[30]). Nach seiner Auffassung ist es unmöglich, den Vertrag zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber unter eine der im BGB. gesetzlich geregelten Vertragsarten zu bringen. Die Sonderstellung des Rechtsanwalts als objektiver Wahrer des Rechts zwingt zur Annahme eines Vertrages eigener Art.

Das Urteil führt wörtlich aus:

> „Immerhin mag es dahingestellt bleiben, ob man schon während der Geltung der früheren RAO. zur Annahme eines Vertrages sui generis kommen mußte, jedenfalls ist das nach der heutigen RRAO. unumgänglich. So widerspricht insbes. die Annahme eines Dienstvertrages der Stellung, die der Anwalt im heutigen Rechtsleben einnimmt und wie sie insbes. im Vorspruch zur RRAO. mit den Worten gekennzeichnet ist: ‚Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten. Sein Beruf ist kein Gewerbe, sondern Dienst am Recht.' Nicht Diener einer Partei ist also der Rechtsanwalt, sondern Diener am Recht. Nun ist es freilich richtig, daß der Dienstvertrag heute allgemein seinen Inhalt gewandelt hat und die Erfüllung von Verpflichtungen aus Dienstverträgen stets unzulässig wird, wenn dadurch Interessen der Gemeinschaft gefährdet werden. Doch vermag das nicht zu einer Abänderung des hier vertretenen Standpunkts zu führen. Denn die Wahrnehmung der Interessen der Gemeinschaft als ‚objektiver Wahrer des Rechts' (Noack a. a. O.) ist zu einer besonderen Berufspflicht des Anwalts gemacht. Er ist als ‚wichtiges und voll verantwortliches Glied der staatlichen Rechtspflege' ausdrücklich anerkannt worden (die Stellung des Rechtsanwalts in der deutschen Rechtspflege, AV. des RJM. v. 21. Okt. 1936 [DJ. 1591]). Diese besondere Stellung des Anwalts macht es unmöglich, den Vertrag zwischen ihm und seinem Auftraggeber unter eine der im BGB. gesetzlich geregelten Vertragsarten zu bringen, sondern zwingt zur Annahme eines Vertrages eigener Art. Bedenken grundsätzlicher Art können gegen eine solche Annahme deshalb nicht bestehen, weil das Recht der Schuldverhältnisse von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wird und das BGB. daher keine erschöpfende Regelung aller Schuldverhältnisse gibt."

Endlich hat auch der Staatssekretär im Reichsfinanzministerium Reinhardt anläßlich eines Vortrages bei der Eröffnung der Reichsfinanzschule Berlin festgestellt, daß für das Steuerrecht nunmehr der in der RAO. enthaltene Grundsatz verwirklicht wird, wonach der Rechtsanwalt der berufene, unabhängige Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten ist. Er schloß mit den Worten:

> „Wir wollen auch als Rechtswahrer auf dem Gebiet des Steuerrechts uns stets als Soldaten Adolf Hitlers fühlen und nichts tun als nach Maßgabe der uns von Gott gegebenen Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen unserer Aufgaben unsere Pflicht und immer nur unsere Pflicht, so, wie die ehernen Leitsätze der nationalsozialistischen Weltanschauung es uns gebieten!"

Eine Berufsausübung auf dieser Grundlage kann niemals ein Dienstvertrag sein, durch den sich jemand verpflichtet, einer Einzelperson zu dienen. Die Tätigkeit des Anwalts ist Dienst am Recht!

2. Während § 27 Abs. 6 Ziff. 1 UrkStG. Vollmachten zur Vertretung in einem Verfahren vor einem Gericht oder einer sonstigen Behörde von der Besteuerung ausnimmt, und zwar auch dann, wenn die Vollmacht zur Empfangnahme des Streitgegenstandes und zur Verfügung über ihn ermächtigt, unterwirft der 2. Sen. des RFH. durch das erwähnte Urteil sämtliche Mandatsverträge, die seiner Auffassung nach Dienst-

verträge sind, der Urkundensteuer. Der Urkundensteuer unterliegen nach diesem Urteil Mandatsverträge, wenn über sie im Inland eine Urkunde errichtet worden ist (§ 1 Ziff. 1, § 14 UrkStG.).

Die Steuerschuld entsteht bei einer privatschriftlichen Urkunde über den Mandatsvertrag

a) wenn die Urkunde von den Vertragsteilen unterzeichnet wird: mit der Unterzeichnung,
b) wenn die Urkunde nur von einem Vertragsteil unterzeichnet wird: Mit Aushändigung an den anderen Vertragsteil, an einen Dritten oder an eine Behörde.

Ausgenommen sind gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 1 UrkStG. Rechtsgeschäfte, deren Gegenstandswert 150 *RM* nicht übersteigt, wenn sich der Wert in Geld schätzen läßt. Die Ausnahme von der Besteuerung gilt auch, wenn der Wert des Gegenstandes aus der Urkunde nicht ersichtlich ist.

Insgesamt sind bisher sieben Musterfälle geklärt, bei denen in vier Fällen Urkundensteuerfreiheit vorliegt und in drei Fällen die Urkundensteuerpflicht gegeben ist.

In folgenden vier Fällen besteht Urkundensteuerfreiheit:

1. Der Vertrag ist nicht schriftlich in Briefen oder sonstigen schriftlichen Mitteilungen zustande gekommen. Der Anwalt hat schriftlich überhaupt keine Erklärung über die Annahme des Mandats abgegeben, sondern nur über das berichtet hat, was er unternommen hat. Die Vertragsannahme ist in solchen Fällen durch schlüssige Handlung — ohne Beurkundung — erfolgt.
2. Es hat eine Besprechung zwischen Anwalt und Auftraggeber stattgefunden. Der Rechtsanwalt hat die Annahme des Mandats von der Prüfung der Unterlagen abhängig gemacht. Er teilt danach einseitig mit, daß er das Mandat übernehme.

   Es besteht Steuerfreiheit, weil ein vollständiger Korrespondenzvertrag nicht vorliegt und eine schriftliche Erklärung des Auftraggebers fehlt.

   Auch eine einseitig unterzeichnete Beurkundung eines Vertrages im Sinne von § 2 Ziff. 2b liegt nicht vor, da die Urkunde nicht beweist, daß der Vertrag bereits abgeschlossen ist.
3. Wenn ein laufendes Vertragsverhältnis zwischen Anwalt und Auftraggeber besteht, so daß man von einer Vertragsdauer im Sinne des § 14 Abs. 4 UrkStG. sprechen kann, gilt die Freigrenze bis zur Höhe von 3600 *RM*. Diese Bestimmung findet z. B. Anwendung, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist.
4. Ein Auftraggeber übersendet unter Bezugnahme auf einen in mündlicher Rücksprache dem Rechtsanwalt übertragenen Auftrag Unterlagen für die Vertretung nebst Vollmacht.

Hingegen entsteht in den weiteren Fällen 5 bis 7 eine Urkundensteuer.

5. Ein Auftraggeber fragt schriftlich an, ob ein Rechtsanwalt zur Übernahme einer Vertretung bereit ist. Der Rechtsanwalt schreibt darauf, daß er grundsätzlich zur Übernahme der Vertretung bereit ist und weitere Informationen erwarte.
6. Ein Rechtsanwalt erhält den schriftlichen Auftrag, zwei Forderungen einzuklagen. Der Rechtsanwalt bestätigt schriftlich die Annahme des Mandats. Er fügt die entworfenen Klageschriften mit der Mitteilung bei, daß die Klagen unverzüglich dem Gericht eingereicht werden.
7. Ein Rechtsanwalt wird schriftlich um Übernahme einer Vertretung in einem Rechtsmittelverfahren gebeten. Der Rechtsanwalt erklärt sich schriftlich bereit, das Rechtsmittelverfahren durchzuführen. Er bittet um unterzeichnete Rückgabe einer Vollmacht und teilt gleichzeitig mit, daß er sich mit der in Frage kommenden Behörde in Verbindung setzen und dann weiter berichten wird.

3. Die Urkundenbesteuerung bereitet bei Mandatsverträgen Schwierigkeiten, weil die Vergütung im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld meistens noch nicht feststeht und sich auch ohne weiteres nicht ermitteln läßt. Deswegen hat der Reichsminister der Finanzen am 1. Febr. 1937 eine Verordnung erlassen, wonach an Stelle der Überwachung durch das Finanzamt die Rechtsanwälte über die steuerpflichtige Urkunde eine Kontrolliste führen — gegebenenfalls unter Benutzung einer schon vorhandenen Buchführung —, die mindestens folgende Angaben enthalten muß:

1. Laufende Nummer,
2. Auftraggeber (Vertragsgegner),
3. Datum des Vertrages (gegebenenfalls der Annahmeerklärung),
4. Tag der Feststellung der Vergütung,
5. die Vergütung,
6. den verwendeten Steuerbetrag.

über das anzuwendende Verfahren vgl. den Aufsatz von Dr. Koppe: Rechtsanwälte und Urkundensteuer (JW. 1937, 601).

4. Um die Schwierigkeiten der Urkundenbesteuerung für die Rechtsanwälte zu beseitigen, sind generelle Abfindungsregelungen in einzelnen Oberfinanzpräsidial-Bezirken getroffen worden.

Die Oberfinanzpräsidenten in München, Breslau und Hamburg haben die Abfindungsbesteuerung so geregelt, daß ½ v. T. vom zur Umsatzbesteuerung anzugebenden Entgelt erhoben wird. In Berlin wird 1 v. T. von 75% der zur Umsatzbesteuerung anzugebenden Entgelte als Abfindungs-Urkundensteuer erhoben.

5. Die Rechtsanwälte sind befugt, für die von ihnen und auf sie ausgestellten Vollmachten und für der Urkundensteuer unterliegende Mandatsverträge Urkundensteuermarken selbst zu verwenden (§ 18 UrkDurchfBest. v. 6. Mai 1936 [RGBl. I, 424] und Erlaß des RFM. v. 1. Febr. 1937, S 5800 — 30 III, RStBl. 1937, 322).

6. Abwälzung der Urkundensteuer.

Gemäß § 6 UrkStG. sind Steuerschuldner

a) wenn die Urkunde von den Vertragsteilen unterzeichnet wird: die Unterzeichner der Urkunde,
b) wenn die Urkunde nur von einem Vertragsteil unterzeichnet und dem anderen Vertragsteil, einem Dritten oder einer Behörde ausgehändigt wird: der Vertragsteil und der Dritte.

Für die Urkundensteuer bei Abschlüssen von Mandatsverträgen haften also der Anwalt und sein Auftraggeber als Gesamtschuldner. Im Verhältnis untereinander hat jeder die Urkundensteuer zu gleichen Teilen zu tragen. Demgemäß ist der Auftraggeber verpflichtet, die Hälfte der Urkundensteuer dem Rechtsanwalt zu ersetzen.

Hemmungswirkung des Rechtsmittels als gebührenrechtlicher Tatbestand?

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Die eingangs gestellte Frage muß, so seltsam sie klingen mag, erörtert werden. Dazu nötigt die unten S. 2493[30] des Heftes abgedruckte Entscheidung des RG. (II 9/38) v. 27. April 1938. Denn in dieser begründet das RG. die geforderte Prozeßgebühr für die Revisionsinstanz über den Rahmen der Revisionseinlegung hinaus damit, daß der Revisionskläger sich durch einen entsprechenden Vorbehalt die Möglichkeit der Nachprüfung des ganzen Berufungsurteils durch das Revisionsgericht offengehalten habe. Das bedeutet also nichts anderes als die Aufstellung eines Grundsatzes dahin, daß dem Umfange der Hemmungswirkung des Rechtsmittels auch die Gebührenpflicht der Reichskasse gegenüber entspricht (was notwendigerweise nicht ohne Einfluß auch auf die Anwaltsgebühren bleiben könnte).

Ein derartiger Grundsatz verdient, wegen seiner Existenzberechtigung auf Herz und Nieren geprüft zu werden. Dazu bedarf es zunächst eines Zurückgreifens auf den Tatbestand der reichsgerichtlichen Entscheidung. Der Streitwert der Berufung war auf 300000 *RM* festgesetzt worden. Der Kläger und Berufungskläger hatte gegen das — abweisende — Urteil des Berufungsgerichts Revision eingelegt. Die Erklärung in der Revisionsschrift ging dahin, daß gegen das Urteil „wegen eines Teilbetrages von 6100 *RM* nebst Zinsen sowie im Kostenpunkt — unter Vorbehalt der Erweiterung des Antrags — Revision eingelegt werde". Trotz der ausdrücklichen — wenn auch ebenso ausdrücklich vorläufigen — Beschränkung der Revision auf einen Teilbetrag erhebt das RG. die Prozeßgebühr für die Revisionsinstanz nach dem vollen Streitwert des Berufungsurteils, d. h. hier nach 300000 *RM*. Und die Begründung für diese Berechnung? „Durch diese Revisionseinlegung ist die Rechtskraft des Berufungsurteils in vollem Umfange gehemmt worden, weil der ausdrücklich erklärte Vorbehalt der Erweiterung des Revisionsantrags dem Revisionskläger die Möglichkeit offenhielt, mit dem von ihm zu stellenden Revisionsantrag das Berufungsurteil über den Betrag von 6100 *RM* hinaus in vollem Umfange zur Nachprüfung durch das Revisionsgericht zu stellen."

Hier spielt ersichtlich die grundsätzliche Einstellung des RG. zur Frage, wodurch der Umfang der Rechtsmitteleinlegung bestimmt wird, ob schon durch die Rechtsmittelschrift oder erst durch den Rechtsmittelantrag in der Rechtsmittelbegründung, eine entscheidende Rolle. Das RG. vertritt nämlich in ständiger Rechtsprechung (zu vgl. RG. [IV.] v. 11. Juli 1933: JW. 1933, 2454; [IV.] v. 28. Nov. 1935: JW. 1936, 385; [VI.] v. 11. Mai 1936: HöchstRRspr. 1936 Nr. 1250; [IV.] v. 17. Dez. 1936: JW. 1937, 1064) den Standpunkt, daß bei einer Rechtsmitteleinlegung, die nicht ausdrücklich das Rechtsmittel auf einen Teil des angefochtenen Urteils beschränkt, bei welcher insbesondere ein den Umfang der Anfechtung klarstellender Antrag noch fehlt, das Rechtsmittel in vollem Umfange der möglichen Beschwer eingelegt ist und daß die spätere Stellung eines auf nur teilweise Anfechtung lautenden Antrags eine Einschränkung des ursprünglichen Rechtsmittels und demgemäß die Rücknahme bezüglich des nicht weiterverfolgten restlichen Rechtsmittels in sich schließt.

Diese Auffassung wird insbesondere vom KG. (ausdrücklich beitretend auch OLG. Dresden v. 14. Juni 1936: HöchstRRspr. 1936 Nr. 1333; ferner OLG. Naumburg v. 20. Nov. 1934: JW. 1935, 1049; v. 28. Juni 1938: JW. 1938, 2367; OLG. Hamburg v. 29. April 1936: JW. 1936, 2145) mit Entschiedenheit bekämpft, da sie der verfahrensrechtlichen Struktur der Rechtsmittelbewilligung nicht gerecht wird (zu vgl. Entscheidung v. 8. April 1933: JW. 1933, 1669). Diese stellt sich als „zweiaktiger Vorgang" (Bach: JW. 1937, 1064) dar, bestehend einmal aus der Einlegung des Rechtsmittels — Rechtsmittelschrift — und sodann aus der Rechtfertigung des Rechtsmittels — Berufungs- bzw. Revisionsbegründung —, welch letztere ihrerseits als Essentiale auch den zu stellenden Antrag enthalten muß. Dabei nimmt die ZPO., worauf Bach zutreffend verweist, mit vollem Bewußtsein den Schwebezustand in der Zeit seit Rechtsmitteleinlegung bis zur Rechtsmittelbegründung in Kauf. Schwebezustand insofern, als gerade der Umfang der Anfechtung bis zur Einreichung des Rechtsmittelantrags noch offenbleiben darf und offen bleibt, sofern nicht im besonderen Falle auch ohnedem dieser Umfang sich schon aus der Rechtsmittelschrift selbst ohne ausdrücklichen Antrag ergibt. Deshalb trifft die vom RG. gegebene Begründung, der — spätere — Antrag könne nicht in die Vergangenheit wirken (HöchstRRspr. 1936 Nr. 1250), gar nicht die wahre Rechtslage. Denn von solcher „Rück"wirkung ist nicht die Rede, eben weil die Wirkung erst mit der Antragstellung eintreten soll.

RG. hat zwar wiederholt zu dieser abweichenden Rechtsprechung des KG. in den oben schon angeführten Entscheidungen in ablehnendem Sinne Stellung genommen, nicht dagegen zu der klaren, eindeutigen Argumentation von Bach, die allerdings auch durch keinerlei Gegengründe entkräftet werden kann. Denn sie stützt sich auf die klare, positive, verfahrensrechtliche Regelung der ZPO.

RG. verficht also bisher schon den Standpunkt, daß schon die Rechtsmittelschrift den Umfang der Anfechtung und damit den Umfang der Hemmungswirkung bestimmt, und daß dieser Umfang für den Streitwert des Rechtsmittels und damit für die Gebührenbemessung maßgebend ist. Nunmehr tut es den weiteren Schritt und läßt ohne Rücksicht auf den Umfang der erklärten Anfechtung, ja sogar entgegen der ausdrücklich beschränkten Antragstellung, bereits in der Rechtsmittelschrift ausschließlich die Hemmungswirkung für den Streitwert und für die Gebührenbemessung entscheiden. Denn Revision ist in dem erörterten Falle ausdrücklich nur wegen 6100 *RM* eingelegt. Damit stellt RG. — präzise formuliert — den Grundsatz auf: die Tatsache der Anfechtung eines Urteils bewirkt bereits die volle Gebührenpflicht nach der vollen Beschwer.

Ein solcher Grundsatz erscheint indes keinesfalls haltbar. Denn die Erwägungen, die das RG. hierbei ausweislich der Gründe seiner Entscheidung geleitet haben, lassen sich in mehreren Punkten als mit dem Verfahrensrecht wie dem Gebührenrecht nicht vereinbar nachweisen.

Einmal: Welchen Revisionsantrag der Revisionskläger stellen will, steht im Rahmen der in concreto überhaupt möglichen Höchstbeschwer innerhalb der Revisionsbegründungsfrist in seinem Belieben, sofern nicht — ausnahmsweise — vorher schon eine ausdrückliche endgültige Beschränkung des Rechtsmittels mit dem Willen, im übrigen auf das Rechtsmittel zu verzichten, erfolgt ist. Es ist nun aber anerkannten Rechts (zu vgl. Jonas, II 1 zu § 514 ZPO.), daß selbst die Stellung eines beschränkten Rechtsmittelantrags im Zweifel noch nicht als Verzicht auf das Rechtsmittel im übrigen aufzufassen ist. Für eine Rechtsmitteleinlegung unter Beschränkung auf einen Teilbetrag ohne besondere Antragstellung kann also noch viel weniger etwas anderes gelten. Denn erst der Antrag ist dazu bestimmt, das Begehren des Rechtsmittelklägers klarzustellen und gegebenenfalls abzugrenzen. Folglich bedeutet regelmäßig die Einlegung eines Rechtsmittels ausdrücklich nur wegen eines Teils verfahrensrechtlich nichts anderes, als daß die Anfechtung des Urteils zunächst, vorläufig, nur wegen dieses Teils — jedoch unter Offenlassen aller sonst denkbaren und verfahrensrechtlich zulässigen Möglichkeiten — geschieht. Nur wenn aus irgendwelchen besonderen Begleitumständen, beigefügten Erklärungen u. dgl., sich eindeutig ergibt, daß diese Beschränkung bewußt endgültig geschieht, kann in ihr ein Verzicht auf weitergehende Anfechtung und damit naturgemäß ein bindender Verzicht darauf, den in der Rechtsmittelbegründung zu stellenden förmlichen Antrag über diesen Teil der Anfechtung hinaus auszudehnen, liegen.

Diese rechtlichen Erwägungen stellen bereits klar, daß es bei zunächst nur teilweiser Anfechtung der Beifügung eines Vorbehalts in der Rechtsmittelschrift nicht bedarf, um sich die Möglichkeit der Erweiterung des Antrags, d. h. des Umfanges der Anfechtung, zu erhalten. Denn auch ohne solchen Vorbehalt ist die rechtliche Position des Rechtsmittelklägers die gleiche. Das RG. beurteilt mithin einen derartigen Vorbehalt verfahrensrechtlich unzutreffend, wenn es den Umfang der Hemmungswirkung bei zunächst nur teilweise erklärter Anfechtung des Urteils je nach der Beifügung oder dem Fehlen eines Vorbehalts bezüglich einer Ausdehnung der Anfechtung bemißt. Denn die Befugnis der Erweiterung des Rechtsmittelantrags durch den Rechtsmittelkläger setzt naturgemäß voraus, daß die Rechtskraft des angefochtenen Urteils in vollem Umfange gehemmt ist. Diese Hemmungswirkung tritt aber nicht, wie das RG. meint, deshalb ein, weil „der ausdrücklich erklärte Vorbehalt der Erweiterung des Revisionsantrags dem Revisionskläger die Möglichkeit der Erweiterung offenhielt", sondern weil diese Möglichkeit auch ohne jenen Vorbehalt die gesetzliche Folge der überhaupt, gleichgültig zu welchem Teile, erklärten Anfechtung des Urteils ist. Folglich kann einem solchen Vorbehalt für die Frage des Umfangs der Anfechtung und damit für die Frage der Hemmungswirkung keinerlei, bestimmt keinerlei konstitutive Bedeutung im Sinne

der Schaffung oder auch nur Erhaltung des Rechts der Erweiterung der Anfechtung zukommen. Wird gleichwohl ein derartiger Vorbehalt erklärt, so erschöpft sich seine rechtliche Bedeutung in einer deklaratorischen, d. h. rein negativ klarstellenden Wirkung dahin, daß die teilweise Anfechtung nicht etwa als Verzicht auf die sonst dem Rechtsmittelkläger ohne weiteres zustehende Ausdehnungsmöglichkeit des Rechtsmittels gelten soll.

Jede rechtliche Erörterung, die an den Vorbehalt als verfahrensrechtlich erhebliche Erklärung des Rechtsmittelklägers anknüpft, muß also zwangsläufig Schiffbruch leiden. Denn dieser Vorbehalt ist *rechtlich irrelevant*, folglich ungeeignet, Rechtsfolgen hervorzurufen.

Damit ist also die tragende verfahrensrechtliche Erwägung der reichsgerichtlichen Entscheidung widerlegt.

Die Ansicht des RG. läßt sich im übrigen, abgesehen von dieser allgemein verfahrensrechtlichen Erwägung, leicht widerlegen durch das Gesetz selbst, nämlich durch § 534 ZPO. (Berufung) und § 560 ZPO. (Revision): Soweit das Urteil durch Berufungs- bzw. Revisionsanträge nicht angefochten ist, ist es auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Eine Vorschrift ohne jeden Sinn, wenn der nicht angefochtene Teil nicht jederzeit durch Erweiterung der Anträge noch in die Anfechtung einbezogen werden könnte, wenn also die Hemmungswirkung — mangels eines Vorbehalts — insoweit nicht eingetreten, sondern das Urteil insoweit bereits in Rechtskraft erwachsen wäre. Diese Vorschrift stellt zugleich außerhalb allen Zweifels, daß erst die *Anträge* und nicht schon die Rechtsmitteleinlegung den Umfang der Anfechtung ergeben.

Es ist denn auch in der Tat heute verfahrensrechtlich unbestritten, daß eben wegen der zeitlich unbeschränkten Zulässigkeit einer Erweiterung des Berufungsantrags (§§ 519 Abs. 4, 521 Abs. 1 Satz 3) auch der zunächst nicht angefochtene Teil des Urteils nicht rechtskräftig wird (*Jonas*, I zu § 534 ZPO.). Diese verfahrensrechtliche Befugnis des Berufungsklägers kann sich äußerst einschneidend gegen die Gegenpartei auswirken. Der Kläger und Berufungskläger, der gegen ein Teilurteil Berufung eingelegt hat, kann durch Erweiterung seiner Anträge über die Anfechtung des Teilurteils hinaus auf den vollen eingeklagten Betrag nunmehr sogar die erste Instanz wegen des daselbst noch anhängigen Restbetrages völlig ausschalten (RGZ. 148, 131 = JW. 1935, 2280[14]).

Die Erweiterungsbefugnis ergibt sich gleicherweise aus den Revisionsbestimmungen. Auch das RG. hat ausdrücklich anerkannt (RGZ. 65, 284 = JW. 1907, 267; RGZ. 130, 229 = JW. 1931, 1076; RG. [II.] v. 16. Nov. 1937: JW. 1938, 467), daß auch Revisionsanträge nachträglich erweitert werden können, sogar mit der Wirkung, daß eine zunächst unzulässig gewesene Revision (wegen des Fehlens der Revisionssumme) nachträglich zulässig werden kann (*Jonas*, V zu § 554). Das kann selbst noch nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist bis zur mündlichen Verhandlung geschehen, sofern nur die Partei sich im Rahmen der geltend gemachten Revisionsgründe hält (RG.: JW. 1938, 467), eine Beschränkung, an der auch ein Vorbehalt nichts zu ändern vermag. Diese Erweiterungsmöglichkeit hat das Gesetz dadurch erst geschaffen, daß in § 554 Abs. 6 ZPO. („Nach Ablauf der Begründungsfrist ist die Geltendmachung neuer Revisionsgründe nicht zulässig") die ursprünglich mitaufgeführten *Revisionsanträge* gestrichen worden sind (*Jonas*, V zu § 554). Besteht aber die Befugnis zur Erweiterung des zunächst nur beschränkt gestellten Antrags, d. h. der Ausdehnung des zunächst nur beschränkt eingelegten Rechtsmittels auf den vollen Umfang der Beschwer aus dem angefochtenen Urteil, andererseits das Recht des Gegners, bis zu solcher Erweiterung die unbedingte vorläufige Vollstreckbarkeit des bisher nicht angefochtenen Teils zu verlangen, so folgt daraus zwingend, daß bei nur teilweiser Anfechtung auch der nicht angefochtene Teil des Urteils nicht in Rechtskraft erwächst, folglich die *hemmende* Wirkung des eingelegten Rechtsmittels *ohne weiteres in vollem* Umfange eintritt. Auch diese Betrachtung bestätigt also wiederum nur, daß es zur Herbeiführung dieser Wirkung oder auch nur zur Erhaltung des Rechts der Ausdehnung eines *Vorbehalts* des Rechtsmittelklägers nicht bedarf. Ein gleichwohl ausgesprochener Vorbehalt ändert folglich wie an der Rechtsstellung des Rechtsmittelklägers so auch an dem Umfang der Inanspruchnahme des Rechtsmittelgerichts mit dem Rechtsstreit nichts. Dieses wird vielmehr damit ausschließlich im Rahmen des tatsächlich eingelegten Rechtsmittels und des den Umfang des Rechtsmittels bestimmenden Antrags befaßt.

Die vom RG. aus der Hemmungswirkung hergeleiteten gebührenrechtlichen Folgen lassen sich also schon *verfahrensrechtlich* nicht belegen. Sie sind aber, selbst wenn diese verfahrensrechtlichen Bedenken nicht bestünden, rein *gebührenrechtlich* unter keinen Umständen haltbar. Selbst einmal unterstellt, der Revisionskläger habe nur durch entsprechenden Vorbehalt sich die Möglichkeit gesichert, das Urteil in vollem Umfange zur Nachprüfung des Revisionsgerichts zu stellen und, wie RG. es ausdrückt, die Rechtskraft des Urteils in vollem Umfange zu hemmen, so wäre dies für die gebührenrechtlichen Beziehungen des Revisionsklägers zur Reichskasse ohne irgendein Belang. Denn es besteht keine Vorschrift im GKG., wonach eine (Prozeß-) Gebühr in der Rechtsmittelinstanz durch den Eintritt der Hemmung der Rechtskraft des angefochtenen Urteils erwächst und wonach die Höhe der Gebühren sich danach bemißt, in welchem Umfange der Rechtsmittelkläger die *Möglichkeit* der Nachprüfung durch das Revisionsgericht hat. Entscheidend ist vielmehr ausschließlich die *verlangte* Nachprüfung durch das Gericht. RG. wäre schon bei dem Versuch, statt der allgemeinen verfahrensrechtlichen Erwägungen den maßgebenden, seine Gebührenentscheidung tragenden Tatbestand des GKG., den es für anwendbar hätte erklären wollen, festzustellen, zweifellos auf diese gebührenrechtlichen Bedenken gestoßen. Denn da Gerichtsgebühren nur nach Maßgabe eines feststehenden Kostentatbestandes des GKG. erhoben werden können, ein solcher in der vom RG. angenommenen Art aber fehlt, fehlt es damit auch an der gebührenrechtlichen Grundlage für die vom RG. vorgenommene Gebühreneinforderung nach der vollen Beschwer. Als solche Grundlage kommt vielmehr für die Prozeßgebühr auch der Rechtsmittelinstanz nur § 74 GKG. in Frage: „Die Gebühr wird mit Stellung des Antrags fällig, durch den das Verfahren bedingt ist", Antrag ist hier zwar nicht im Sinne von Sachantrag der ZPO., sondern im Sinne einer das Verfahren in Gang setzenden Handlung zu verstehen. Die Fälligkeit der Prozeßgebühr für Berufung oder Revision tritt also mit der *Einlegung* des Rechtsmittels ein. Die *Höhe*, der Umfang der Prozeßgebühr dagegen richtet sich nach dem Umfang des Antrags (im Sinne von § 74), der identisch ist mit der *verlangten* Nachprüfung des Streitstoffes. Nebenwirkungen, die unabhängig vom Willen des Rechtsmittelklägers eintreten, wie z. B. die Hemmungswirkung im ganzen, haben mit diesem Verlangen und damit mit dem Antrag im Sinne des § 74 nichts zu tun, scheiden also gebührenrechtlich aus. Erst der gestellte Berufungs- (Revisions-) Antrag ergibt aber, in welchem Umfange der Rechtsmittelkläger das Rechtsmittelverfahren in Gang setzen will, d. h. was für ein Antrag im Sinne des § 74 GKG. vorliegt. Die Entschließung darüber ist ausschließlich der Partei vorbehalten. Nur im Umfange des gestellten Antrags kann und darf das Rechtsmittelgericht tätig werden, und nur vom Umfang dieser Tätigkeit hängt folglich auch die Bemessung der Gebühren ab. Der Begriff der „Hemmungswirkung" dagegen ist dem Kostenrecht als Tatbestandsmerkmal völlig fremd. Er muß ihm fremd sein, weil diese Wirkung für sich allein für den Umfang der Tätigkeit des Gerichts ohne jede Bedeutung ist. Der kostenrechtlich allein maßgebliche Faktor ist und bleibt danach in der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich der gestellte Antrag.

Folglich trägt RG. mit seiner Begründung in das Gerichtskostenrecht ein diesem unbekanntes Element hinein mit dem Erfolg, dem ausdrücklich erklärten Willen des Revisionsklägers, der ausdrücklich nur in Höhe von 6100 *RM* Revision einlegt, Gewalt anzutun und ihn gebührenrechtlich so zu behandeln, als ob er ohne Beschränkung auf diesen Teil in vollem Umfange der — möglichen — Beschwer Revision

eingelegt und ausdrücklich einen Antrag in Höhe von 300000 *RM* gestellt habe.

Der schon von Bach (JW. 1937, 1064) gegen die Praxis des RG. zu § 30 GKG. erhobene Vorwurf, die Hemmungswirkung des Rechtsmittels zu einem gebührenbegründenden Umstand zu stempeln, ist nunmehr noch in erhöhtem Maße begründet, nachdem RG. jetzt dazu übergeht, über den ausdrücklich gestellten beschränkten Antrag hinaus eine bewußte und ausdrücklich volle Anfechtung zu fingieren. Dieses Ergebnis ist verfahrens- wie gebührenrechtlich abzulehnen und führt, wie der vom RG. entschiedene Fall zeigt, zu sonderbaren Ergebnissen.

Das tritt — bei folgerichtiger Durchführung des Standpunktes des RG. — besonders kraß bei der Frage der Zulässigkeit der Revision in die Erscheinung. Denn es wird sich kein Revisionskläger ansinnen lassen, eine Gerichtskostenschuld nach 300000 *RM* zu zahlen, um die Revision zulässig zu gestalten, wenn er — selbstverständlich gerade nur im Interesse der Kostenersparnis — ausdrücklich nur wegen eines Betrages von 6100 *RM* Revision eingelegt hat. Damit erwächst aber nach reichsgerichtlicher Auffassung für ihn die Gefahr, daß er seines Rechtsmittels schon mangels Zahlung der geforderten Prozeßgebühr (§ 554 Abs. 7 ZPO.) verlustig geht.

Daß die Auffassung des RG. entsprechend auch für die Anwaltsgebühren sich auswirken müßte, ist oben bereits angedeutet. Ohne Frage wird also das RG. seinen hier bekämpften Standpunkt einer Nachprüfung unterziehen müssen.

Zuständigkeitsvereinbarungen

Vorbemerkung: Zu dem JW. 1938, 1790 veröffentlichten Aufsatz des Amtsgerichtsrat Bruniecki sind zahlreiche Zuschriften eingegangen. Aus Raummangel konnten nur die nachstehenden Beiträge zum Abdruck angenommen werden.

Schriftleitung.

Zuständigkeitsvereinbarungen

Von Assessor Siehr, Hamburg

Mit seinen Ausführungen in JW. 1938, 1790 hat Bruniecki ein Thema aufgegriffen, das mit einer gewissen Regelmäßigkeit immer wieder in den Zeitschriften auftaucht, das bisher aber nur einer einseitigen Betrachtung unterzogen worden ist.

Der Fehler, der insbesondere die Ausführungen von Bruniecki beherrscht, liegt in einer Verallgemeinerung von Mißbräuchen, deren Auftreten natürlich von niemandem bestritten werden kann. In der Praxis zeigt es sich aber glücklicherweise, daß es sich bei den geschilderten Mißständen durchaus um vereinzelte Ausnahmen handelt. Im Regelfalle sind die Vertreter, die die Kundschaft aufsuchen, um für ihr Werk einen Kaufvertrag zu tätigen, Angestellte durch und durch anständiger Unternehmen, denen auch nicht im geringsten etwas Nachteiliges nachgesagt werden kann, und die sich im Verkehr mit der Kundschaft auch nicht den kleinsten Verstoß zuschuldenkommen lassen.

Man darf daher auch die Frage der Zuständigkeitsvereinbarung ebenso wie die Frage der Geschäftsbedingungen nicht an Hand des Geschäftsgebarens irgendwelcher zweifelhafter Unternehmen prüfen. Entscheidend muß in erster Linie die Art und Weise sein, wie derartige Methoden von einwandfreien Firmen und ihren Vertretern gehandhabt werden. Zeigt es sich bei dieser Prüfung, daß gegen die Methoden an sich nichts einzuwenden ist, daß sich aber einige gewissenlose Gewerbetreibende über die für alle gültigen Schranken hinwegsetzen, dann muß gegen die Unbelehrbaren, die sich in den Kreis anständiger Geschäftsleute nicht einzufügen vermögen, mit aller Schärfe vorgegangen werden. Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, nun die allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens überhaupt oder die Frage der Zuständigkeitsvereinbarung von vornherein in Bausch und Bogen zu verdammen.

Jedem Einsichtigen wird es klar sein, daß ein großes Unternehmen, etwa ein Werk der Markenartikelindustrie oder ein großes Versandgeschäft, schon aus rein organisatorischen Erwägungen eine einheitliche Linie in seinen Geschäftsbetrieb bringen muß. Bei der großen Anzahl völlig gleichliegender Verträge, die täglich in die Hunderte geht, ist es einfach unmöglich, jedem Vertrage eine andere rechtliche Ausgestaltung zu geben. Es müssen vielmehr für alle diese Verkaufsfälle einheitliche Bedingungen zugrunde gelegt werden. Diese Regelung erfolgt durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Daß hierbei gleichzeitig auch noch Nebenwirkungen erzielt werden, die in wirtschaftlicher Hinsicht als durchaus erwünscht zu bezeichnen sind (z. B. Senkung der allgemeinen Unkosten; damit Verbilligung der Ware; Ersparnis von Arbeitskräften u. a. m.), mag nur andeutungsweise hervorgehoben werden.

Die gleichen Gründe, die zur Ausgestaltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen geführt haben, ließen es auch erstrebenswert erscheinen, sämtliche Klagen, die sich auf Grund dieser typisierten Verträge ergeben können, an einem und demselben Gericht notfalls zur Verhandlung zu bringen. Bei den gesamten Ansprüchen, die im Wege des Mahnverfahrens verfolgt werden, handelt es sich um Kaufpreisforderungen, deren Begründetheit nicht in Zweifel gezogen werden kann. Die Masse von Kaufabschlüssen über kleine und kleinste Warenmengen bringt es mit sich, daß es sich in den meisten dieser Fälle um Bagatellsachen handelt. Dem Schuldner, der gegen den Grund und die Höhe des Anspruches keinerlei sachliche Einwendungen zu erheben vermag, ist nun keineswegs damit gedient, daß der Rechtsstreit gerade vor dem Gericht seines Wohnsitzes anhängig gemacht wird; im Gegenteil, er würde hierdurch nicht unerhebliche Mehrkosten haben, die er der Gläubigerin dann außer der Warenforderung zu bezahlen hätte. Diese Kosten, die durch die Rechtsverfolgung entstehen würden, können gelegentlich zu einer ganz wesentlichen Belastung des Schuldners führen. Daneben wird ein umfangreicher Schriftwechsel notwendig, der eine beachtliche Mehrarbeit nicht nur für die Parteien, sondern auch für ihre Anwälte und das Gericht mit sich bringen würde. Auch für die Anwälte der kleinen und kleinsten Gerichte würden derart geringfügige Prozesse eine wirtschaftliche Belastung bedeuten, da durch die Gebühren nicht einmal ihre Selbstkosten gedeckt werden würden, die durch die Anlegung eines besonderen Vorganges, kartei- oder listenmäßige Erfassung, Unterhaltung des Bürobetriebes und eigenen Zeitaufwand bedingt sind. Für alle Beteiligten ist es daher vorteilhaft, wenn derartige Kaufpreisklagen am Orte der Lieferfirma anhängig gemacht werden.

Weiterhin ist gerade durch die Zuständigkeitsvereinbarung eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet. Auch wird der Kampf gegen Schwindelfirmen nicht unerheblich erleichtert. Das Gericht am Sitze des Unternehmens wird besser als jedes andere die Anständigkeit und Bonität des als Kläger auf-

tretenden Unternehmens beurteilen können, und diese Beurteilung wird dem Gericht erst dadurch ermöglicht, daß es nicht einen Einzelfall, sondern eine Reihe gleichgearteter Fälle zu entscheiden hat. Auf diese Weise wird der Richter seiner Entscheidung Gesichtspunkte zugrunde legen können, die jedem Richter außerhalb des Sitzes der Lieferfirma verborgen bleiben werden. Auch dieses ist für den Schuldner und für die Allgemeinheit ein nicht zu leugnender Vorteil.

Einer Widerlegung bedürfen auch die Ausführungen von Bruniecki bezüglich des Zustandekommens der Zuständigkeitsvereinbarung. Jedes anständige Unternehmen wird dem Geschäftspartner meistens vor Beginn der geschäftlichen Beziehungen, spätestens jedoch bei der Bestätigung des ersten Auftrages, offen und klar zu erkennen geben, unter welchen Voraussetzungen es zur Aufnahme der vertraglichen Beziehungen bereit ist. Der Kunde erhält ein Exemplar der allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Hinweis, daß diese als Grundlage für die gegenseitigen Beziehungen gelten sollen. Der Kunde wird sie im Regelfalle auch zur Kenntnis nehmen. Ja, er wird geradezu von vornherein damit rechnen, daß der sich anbahnende geschäftliche Verkehr in gewissen Punkten einer besonderen Regelung unterworfen werden wird. Er wird keineswegs das Gefühl haben, nun in eine Mausefalle geraten zu sein, sondern er wird einsehen, daß eine besondere Gestaltung der Beziehungen eintreten muß, und einer derartigen Maßnahme zustimmen, da er ihre Notwendigkeit und Berechtigung einsehen wird. Ist der Kunde jedoch verantwortungslos und leichtsinnig genug, ohne nähere Prüfung zu den Bedingungen einfach ja und amen zu sagen, dann muß er sein Verhalten auch so auslegen lassen, wie es jeder anständige Geschäftsmann auslegen wird: Er muß sich so behandeln lassen, als hätte er seine Erklärung in Kenntnis sämtlicher Punkte der Geschäftsbedingungen abgegeben. Schließlich ist der Abschluß eines Vertrages ja auch keine Spielerei, sondern eine durchaus ernst zu nehmende Angelegenheit. Es ist nicht damit getan, daß man die Augen schließt und eine Vereinbarung nicht gelten lassen will, weil man es unterlassen hat, rechtzeitig von ihr Kenntnis zu nehmen.

Die Gefahr eines Mißbrauches der Zuständigkeitsvereinbarung, wie sie aus den Ausführungen von Bruniecki zu entnehmen ist, scheint mir übertrieben, wenn man — und das kann man glücklicherweise durchaus — auch hier davon ausgeht, daß es sich auch auf der Verkäuferseite in der Regel um anständige Geschäftsleute handelt. Um einmal ein Beispiel aus der Praxis zu geben und daran zu zeigen, wie sich der behauptete Mißbrauch der Zuständigkeitsvereinbarung in Wirklichkeit verhält, will ich nachfolgend kurz schildern, wie sich das Verfahren bei einer angesehenen, großen Firma abwickelt, und welche Ergebnisse hierbei zu verzeichnen sind:

Der Kunde wird gegen Kredit beliefert. Sofern er bei Fälligkeit des Kaufpreises keine Zahlung leistet, wird er nicht nur einmal, sondern mehrfach gemahnt. Erst wenn er auch dann noch nicht zahlt, und nur wenn er für das Ausbleiben seiner Zahlung keinerlei begründete Erklärung abzugeben vermag, wird am Sitze des Unternehmens ein Zahlungsbefehl gegen den Kunden erwirkt. Alle diese Zahlungsbefehle betreffen ausschließlich wohl begründete Kaufpreisansprüche. Der Schuldner wird durch das Gericht nicht nur über die Rechtsbehelfe belehrt, die ihm gegen den Zahlungsbefehl zur Verfügung stehen. Er wird darüber hinaus darauf hingewiesen, daß es zweckmäßig ist, gegen den Zahlungsbefehl keinen Widerspruch einzulegen, wenn gegen die Richtigkeit der Forderung kein Zweifel bestehen kann. Dennoch erheben Schuldner mitunter den Widerspruch, weil sie diesen Hinweis des Gerichts nicht beachten. Wenn die Schuldner dann überhaupt eine Begründung für ihren Widerspruch anführen, so bitten sie lediglich um Stundung oder um Bewilligung von Ratenzahlungen, ein Begehren, dem die Gläubigerin schon von sich aus vor Erwirkung des Zahlungsbefehls in zahlreichen Fällen nachkommt. Daß sich böswillige Schuldner des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl bedienen, um eine Verschleppung der Angelegenheit herbeizuführen, kommt natürlich auch vor.

Der Prozentsatz der Widersprüche gegen die Zahlungsbefehle ist an sich schon denkbar gering. Er beträgt nur etwa 2,5%! Wirklich sachliche Einwendungen gegen den Klageanspruch werden so gut wie nie geltend gemacht; zu derartigen Einwendungen liegt regelmäßig auch kein Anlaß vor, da ausschließlich begründete Kaufpreisansprüche geltend gemacht werden.

So hat es z. B. in den 15 Jahren, die die Rechtsabteilung des in Betracht kommenden Unternehmens besteht, vielleicht ein halbes Dutzend von Fällen gegeben, wo der Schuldner dem Klageanspruch mit sachlichen Einwendungen zu begegnen versucht hätte!

Natürlich soll damit nicht gesagt werden, daß es nicht hin und wieder auch Schwindlern gelingt, unter betrügerischen Vorspiegelungen den Abschluß eines Kaufvertrages zu erwirken. Diese Fälle sind jedoch, was noch einmal ganz besonders hervorgehoben werden muß, gegenüber den durchaus ordnungsgemäß zustandegekommenen Verträgen verschwindend in der Minderzahl. Sollte sich aber wirklich einmal ein Vertrag als Schwindelvertrag herausstellen, dann erscheint es weder ausreichend noch überhaupt entscheidend, gerade die Frage der Zuständigkeitsvereinbarung besonders unter die Lupe zu nehmen. Dem Käufer wird nicht mit einer Entscheidung darüber gedient sein, wo etwa die Klage aus dem Vertrage angestrengt werden kann. Er wird vielmehr ein Interesse daran haben, von den ganzen Folgen des Vertrages loszukommen. Es ist nicht wesentlich, die Zuständigkeitsfrage besonders eingehend zu prüfen, sondern der Vertrag wird sich seinem ganzen Inhalt nach als unsittlich oder anfechtbar herausstellen, und der betrogene Volksgenosse wird von allen drückenden Verpflichtungen befreit werden. Das allein ist das wesentliche, und nur mit einer derartig gründlichen und umfassenden Entscheidung ist dem einzelnen und der Allgemeinheit gedient.

Nun aber die Zuständigkeitsvereinbarung grundsätzlich zu verbieten oder ihre Zulässigkeit auch nur in Zweifel zu ziehen, weil einige wenige Betrüger dieses Rechtsinstitut mißbrauchen, das heißt doch wohl das Kind mit dem Bade ausschütten. Man kann doch auch nicht die typischen Vertragsformen etwa des Kaufes, des Darlehens oder des Schuldanerkenntnisses deswegen völlig beseitigen, weil sich gewissenlose Schwindler dieser Rechtsform bedienen, um ihre Opfer zu betrügen!

Der Kampf gegen Schwindelunternehmen muß m. E. auf einer ganz anderen Basis vorgenommen werden. Man muß das Übel mit der Wurzel ausrotten und sich nicht nur damit begnügen, einige unerfreuliche Nebenwirkungen zu beseitigen. Mit Hilfe der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft oder auch durch Verwaltungsmaßnahmen werden derartige unzuverlässige Vertreter aus diesem Berufsstande auszumerzen sein. Erweist es sich jedoch, daß ein unsauberes und unanständiges Unternehmen es geradezu darauf angelegt hat, mit Hilfe schwindelhafter Behauptungen Opfer zu finden, die es auspressen zu können glaubt, dann werden eben derartige Betriebe geschlossen und ihre verantwortlichen Leiter der verdienten Strafe zugeführt werden müssen. Wenn auf diese Weise Industrie, Handel und Gewerbe von allen unlauteren Elementen gereinigt sein werden, werden alle derartigen Klagen mit einem Schlage aufhören.

Daneben ist immer wieder auf eine Stärkung des Verantwortungsbewußtseins des einzelnen Volksgenossen hinzuarbeiten. Durch Propaganda und Schulung muß es jedem klar gemacht werden, daß er durch den Abschluß eines Vertrages nicht lediglich Rechte, sondern auch Pflichten übernimmt, und daß er sich deshalb vor Abschluß des Vertrages über dessen Tragweite voll und ganz zu unterrichten hat. Die Forderung, das Recht dem Volke näherzubringen, erschöpft sich keineswegs in der Ausrichtung des Rechts nach dem gesunden Volksempfinden. Darüber hinaus muß vielmehr gefordert werden, daß der einzelne wenigstens die grundsätzlichen Bestimmungen des Rechtes kennt, und daß er sein Verhalten nach den als Recht erkannten Grundsätzen auszurichten hat.

Ein Wort für den „Gerichtsstand Berlin"

Von Rechtsanwalt Dr. Fritz Hummel, Berlin

Beim AG. Berlin bestehen im Anschluß an das Schnellmahnamt, das der Massenbearbeitung von Zahlungsbefehlen größerer Firmen und Anwaltsbüros dient, einige Prozeßabteilungen. Sie behandeln die Widersprüche gegen die vom Schnellmahnamt erlassenen Zahlungsbefehle. Daher liegt den meisten dort geführten Prozessen der vereinbarte Gerichtsstand Berlin zugrunde.

Wer die Einschränkung der Zuständigkeitsvereinbarungen befürwortet, um sachlich ungerechtfertigte Versäumnisurteile zu verhindern, sollte einmal einige Sitzungstage dieser Prozeßabteilungen miterleben. Er würde die beachtlichen Gegengründe erkennen, die gegen seine Ansicht nicht nur vom Standpunkt der Gläubigerfirmen, sondern auch im Interesse der Rechtspflege angeführt werden können.

Zunächst hilft eine Änderung der Gesetzgebung oder Rechtsprechung in der Gerichtsstandsfrage nicht dem von Brunieck i gegeißelten Übel ab. Unzählige Berliner Versäumnissachen beruhen gar nicht auf § 38 ZPO., sondern auf § 22 ZPO. Nach dieser Vorschrift können die Fachgruppen und Vereine an ihrem Sitz gegen ihre Mitglieder im ganzen Reiche klagen. Solche Klagen betreffen oft kleinste Forderungen und richten sich gegen offenbar völlig geschäftsungewandte Beklagte. Man kann diese Prozesse hinsichtlich der Zuständigkeit nicht anders behandeln als Klagen der Firmen und Verbände aus Warenforderungen. Denn auch diese Beklagten gehören den genannten Organisationen oft als Zwangsmitglieder an, haben sich also die Organisation mit dem Sitz in der Großstadt nicht ausgesucht.

Wenn man jeden Beklagten möglichst an seinem Wohnsitz verklagt wissen will, so ist dieses Bestreben kein Selbstzweck, sondern dient dem Ziele, die Prüfung der sachlichen Einwendungen sicherzustellen. Diesem Ziele andere Interessen zu opfern, dazu ermuntert nun die Einlassung der Beklagten in den erwähnten Berliner Prozeßabteilungen nicht gerade. Denn viele Beklagte erheben Einwendungen, die nicht schlüssig sind, um die Erwirkung eines Schuldtitels zu verzögern. Noch mehr schildern ihre wirtschaftliche Lage mit dem ausgesprochenen oder unausgesprochenen Zweck, Vollstreckungsschutz zu erreichen. Bei richtiger Beratung würden alle diese Beklagten ihren Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl unterlassen und eine Verständigung über Abzahlung erstreben, sei es durch unmittelbare Verhandlung, sei es über das Vollstreckungsgericht. Die hieraus erwachsenden Aufgaben der Rechtspflege kann natürlich nur das örtliche Gericht erledigen. Die Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und oft der Persönlichkeit des Schuldners bietet dem Amtsgericht, bei dem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Grundlage für eine den beiderseitigen Interessen gerechtwerdende und dem Rechtsfrieden dienende Regelung.

Man braucht diese Tätigkeit nicht in ein dem Streitverfahren vorhergehendes Güteverfahren vor dem örtlichen Amtsgericht zu verweisen. Ein Beklagter wird sich gerade in kleineren Orten scheuen, in der gewöhnlich, wenn auch nicht rechtlich, so doch praktisch vorhandenen Öffentlichkeit des Güteverfahrens seine maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse zu enthüllen. Die wirtschaftliche Lage läßt sich oft im Termin nicht klären, da Zeit oder Unterlagen fehlen. Der Gläubiger wird dadurch mit Kosten belastet, weil er einen Anwalt oder Unterbevollmächtigten an Ort und Stelle nehmen muß. Für den Beklagten wird ein Prozeßvergleich häufig teurer durch die Mitwirkung von Anwälten, deren Gebühren im Versäumnisverfahren niedriger sind. Aus all diesen Gründen können die Gerichte besser im Vollstreckungsverfahren dem Beklagten die Regelung seiner Verbindlichkeiten erleichtern.

Scheidet man die nicht schlüssigen Einwendungen aus, so bleiben die Beklagten übrig, deren Einlassung beachtlich sein könnte. Jeder geschäftsgewandte Beklagte wird die Terminsladung durchlesen und dann nicht nur einen Schriftsatz machen, sondern den Termin wahrnehmen lassen. Sein örtlicher Rechtsberater nennt ihm dabei oft dankenswerterweise nur die Anschrift eines geeigneten Vertreters am Prozeßgericht, damit nicht Kosten für zwei Bevollmächtigte entstehen.

Aber auch der geschäftsungewandte Beklagte hat von der zunehmenden Ausdehnung der NS.-Rechtsbetreuungsstellen und der sonstigen Rechtsberatung gehört und kann kaum noch für sich in Anspruch nehmen, daß er sich bei Eingang von Zahlungsbefehlen oder Klagen nicht zu helfen gewußt habe. Auch sein eigenes Amtsgericht, auf das er sich ja ohne eine Zuständigkeitsvereinbarung ohnehin begeben müßte, nimmt seine Anträge entgegen. Sogar der Beklagte, der sich nur schriftlich an das Prozeßgericht wendet, wird nicht ungehört verurteilt. Denn viele Gläubigervertreter, insbesondere die Anwälte als verantwortungsbewußte Rechtswahrer, lassen die ihnen zur Kenntnis gekommenen Einwendungen nachprüfen. Da gewöhnlich in solchen Fällen die Klagesumme 100 *RM* nicht übersteigt, benutzen bekanntlich die Gerichte die Vorschriften über das Schiedsverfahren zu einer sachlichen Nachprüfung schriftlich mitgeteilter Einwendungen und ordnen schriftliche Entscheidung an. Klagen über 100 *RM* erscheinen aber auch geschäftsungewandten Beklagten wirtschaftlich so bedeutsam, daß sie sich nicht auf einen Schriftsatz beschränken, sondern wenigstens um das Armenrecht bitten und dadurch das Gericht zu einer Auseinandersetzung mit ihren Einwendungen nötigen. All diese Einwendungen würden wohl noch öfter ohne Rücksicht auf die Möglichkeit eines Versäumnisverfahrens sachlich geprüft werden, wenn nicht viele Richter zur Erreichung der vorgeschriebenen schnellen Beendigung ihrer Prozesse mitunter lieber Versäumnisurteil geben würden. Man kann also davon ausgehen, daß bis auf Ausnahmefälle die als zuständig vereinbarten Gerichte schlüssige Einwendungen der Beklagten erfahren und bei der Entscheidung beurteilen.

Trotzdem würde nach dem Grundgedanken des § 13 ZPO. das Amtsgericht am Wohnsitz des Beklagten vorzuziehen sein, wenn nicht im praktischen Rechtsleben schutzwürdige Interessen anderer und auch Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen.

Das Interesse des Gläubigers an der Vereinbarung des eigenen Gerichtsstandes liegt auf der Hand. Der Aufbau der Rechts- und Klageabteilungen in den Firmen und Fachgruppen erfordert einheitliche Behandlung der Prozesse. Die anwaltlich beratene Firma legt Wert darauf, sich in den Terminen immer durch ihren Vertrauensanwalt vertreten zu lassen. Termine an anderen Orten zwingen die Firma, mit völlig fremden, aus irgendwelchen Verzeichnissen entnommenen Bevollmächtigten in Briefwechsel zu treten und ihnen Tatsachen klarzumachen, die der eigene Anwalt aus der ständigen Beratung und Vertretung der Firma kennt. Läßt sie den Briefwechsel über ihren Hausanwalt an dessen Korrespondenzanwälte gehen, so riskiert sie die Belastung mit den dadurch entstehenden Mehrkosten. Denn die Gerichte halten leider in einer gewissen Verkennung der praktischen Notwendigkeiten bei allen einfacheren Prozessen die Zuziehung des Vertrauensanwalts für nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich, oft sogar dann, wenn es der Beklagte nur zur Verschleppung zu einem Termin vor seinem örtlichen Gericht kommen läßt. Schon deshalb kann man die Abrede über den Gerichtsstand nicht durch § 155 BGB. aus den Lieferbedingungen herausstrennen, denn die Firma würde den Vertrag mit den einzelnen Kunden „ohne eine Bestimmung über diesen Punkt" nicht schließen.

Auch Brunieck i hält grundsätzlich die Zuständigkeitsvereinbarung für rechtspolitisch wünschenswert. Ihre Zulässigkeit kann nicht auf Kaufleute beschränkt werden. Denn gerade in Beitreibungssachen benehmen sich viele im Handelsregister eingetragene Kaufleute nicht gewandter als andere Volksgenossen. Jede Firma, die ihre Schuldner größtenteils im ganzen Reich zu wohnen hat, braucht als Grundlage für ihren Betriebsaufbau Lieferbedingungen, was den vernünftigeren

Kunden der Firma einleuchten muß. Zu diesen Bedingungen gehört nach der sich immer mehr verbreitenden Kenntnis des wirtschaftlichen Lebens auch der Gerichtsstand. Man kann dessen Vereinbarung nicht davon abhängig machen, daß bei Abschluß des Kaufs über ihn gesprochen wird. Denn wie sollte der Vertreter eine Bestellung hereinbekommen, der mit dem Kauflustigen eine Abrede über die gerichtliche Austragung von Meinungsverschiedenheiten erörtern soll? Vielmehr verpflichtet nach unverbildetem Rechtsgefühl die Unterschrift. Daher scheint die heute praktisch geübte Art der Gerichtsstandvereinbarung grundsätzlich nicht angreifbar.

Das so vereinbarte Amtsgericht braucht für die Entscheidung des Rechtsstreits gewöhnlich keine Kenntnis der örtlichen Verhältnisse, weil von ihnen die Entstehung der eingeklagten Forderung im allgemeinen nicht abhängt. Es braucht aber gerade zur Entlarvung unsauberer Gläubiger einen umfassenden Überblick über wirtschaftliche Gepflogenheiten und auch Kenntnis des Geschäftsgebarens der klagenden Firma. Wer sich z. B. an die Berliner Prozesse eines Teeversandgeschäfts erinnert, weiß, daß der Richter, der alle Prozesse eines Gläubigers kennt, besser entschieden wird als das mit dem Schuldner aus anderen Sachen bekannte Gericht.

Beweisaufnahmen in derartigen Prozessen pflegen das Zustandekommen des Vertrages zu betreffen. Da der Kläger seinen Vertreter oder Reisenden als Zeugen benennen wird, läßt sich die Beweisaufnahme doch nicht am Wohnsitz des Beklagten durchführen, weil die Reisekosten des Zeugen gespart werden müssen. Die Rechtspflege leidet also auch in diesen Fällen keinen Schaden, wenn die Klage am vereinbarten Gerichtsstand schwebt.

Ferner vermeidet die Rechtsprechung Leerlauf und Doppelarbeit, wenn wenige Richter mit den Prozessen, z. B. der Fachgruppen, befaßt werden, deren Ansprüche oft auf schwer zugänglichen und nicht jedem Amtsgericht bekannten Sondervorschriften beruhen. Auch widersprechende Entscheidungen lassen sich dann verhüten.

Wenn auf Schnelligkeit der Prozesse Wert gelegt wird, so verdienen die gewöhnlich großstädtischen vereinbarten Gerichtsorte vom Standpunkt der Rechtspflege aus den Vorzug. An ihnen herrscht durchschnittlich eine größere Arbeitsgeschwindigkeit. Ich habe neulich auf die Ausfertigung eines Wechsel-Anerkenntnisurteils bei einem Amtsgericht der Provinz fünf Wochen warten müssen, was leider kein Sonderfall ist. Das Schnellmahnamt beim AG. Berlin leistet darin vorbildliche Arbeit.

Nicht im Gebiet der Zuständigkeitsfragen, das nur das Vorgelände darstellt, ist der Kampf gegen unsauberes Geschäftsgebaren zu führen. Sonst werden berechtigte Interessen des lauteren Wirtschaftslebens getroffen. Vielmehr erhält der Richter wertvolle Waffen für den Kampf gegen Schwindelfirmen und unzuverlässige Vertreter, wenn er in Versäumnissachen freiere Hand bekommt und von den Polizeibehörden im Vorgehen gegen diese Firmen und von der Volksaufklärung unterstützt wird.

Zuständigkeitsvereinbarungen und Versäumnisurteil

Von Landgerichtsrat Dr. Mezger, Schneidemühl

Der Mißstand, daß überall dort, wo einem Kauf irgendwelche Lieferungsbedingungen zugrunde liegen, auf Zahlung des Kaufpreises nicht am Wohnort des Käufers, sondern fast immer am Wohnort des Verkäufers auf Grund eines „vereinbarten" Gerichtsstandes geklagt wird, ist jedem Prozeßrichter bekannt. Zu der Vereinbarung des Gerichtsstandes kommt es meist entweder dadurch, daß der Verkäufer eine Art Monopolstellung hat und dem Käufer seine Bedingungen aufzwingt, oder dadurch, daß der Verkäufer den Käufer beschwatzt und überrumpelt. Die zweite Art ist die der Schwindelfirmen, sie ist die gefährlichere. Gegen sie wenden sich auch in der Hauptsache das Urteil des AG. Frankfurt (JW. 1936, 1225) und die Ausführungen Bruneckis (JW. 1938, 1790). Vom Standpunkte des Prozeßrichters sei bemerkt: Die vorgeschlagenen Lösungen sind wohl vertretbar, sie können das Übel aber nicht beseitigen. Sie setzen voraus, daß es überhaupt zu einem streitigen Verfahren kommt. Denn nur im Streitverfahren läßt sich ja klären, ob eine wirksame Einigung über den Gerichtsstand zustande gekommen ist. Ist aber streitig verhandelt und ist der beklagte Käufer vor Gericht vertreten, so ist das größte Übel beseitigt. Die Gefahr der Zuständigkeitsvereinbarungen ist gerade die, daß der Beklagte unvertreten bleibt und gegen ihn ein mit der wahren Rechtslage nicht im Einklang stehendes Versäumnisurteil ergeht. Diese Gefahr ließe sich allerdings bannen, wenn durch Gesetz Zuständigkeitsvereinbarungen ganz oder teilweise für unzulässig erklärt würden.

Bevor der Gesetzgeber um Abhilfe angegangen wird, ist aber zu prüfen, ob der vorhandene Mißstand nicht auf andere Weise zu beseitigen ist, und ob der angebliche Mangel des Gesetzes nicht in Wahrheit ein Mangel in der Gesetzesanwendung ist. In unserem Falle liegt der Mißstand weniger darin, daß überhaupt eine Zuständigkeitsvereinbarung getroffen wird, als darin, daß auf Grund der Vereinbarung gegen den rechtsunkundigen Käufer ein Versäumnisurteil ergeht. Muß aber wirklich der Richter tatenlos die Hände in den Schoß legen, wenn er ein Schreiben des Beklagten mit begründeten Einwendungen erhält, und muß er dann gegen seine Überzeugung ein Versäumnisurteil erlassen? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Der Richter ist kein seelenloser Automat, er braucht auch nicht auf eine Gesetzesänderung zu warten, wenn es gilt, ein erkanntes Übel abzustellen. Es ist selbstverständliche Pflicht, den Beklagten, der glaubt, seine Einwendungen würden auch dann berücksichtigt, wenn er im Termin nicht vertreten ist, auf seinen Irrtum hinzuweisen. Der Richter wird dem Beklagten schreiben, daß seine Einwendungen nur berücksichtigt werden könnten, wenn er im Termin vertreten sei. Er müsse deshalb erscheinen oder einen Anwalt beauftragen. Sei er zur Bezahlung eines Anwalts nicht in der Lage, so möge er schleunigst das Armenrecht beantragen und ein Armenrechtszeugnis einreichen. Kommen die Einwendungen des Beklagten so spät, daß das Schreiben des Richters ihn nicht mehr rechtzeitig erreicht, so wird der Richter hinzufügen müssen, daß gegen ein im Termin etwa ergehendes Versäumnisurteil sofort, spätestens binnen einer Woche nach Zustellung Einspruch einzulegen sei. Im übrigen dürfte es einer geschickten Verhandlungsführung meist gelingen, den Kläger zu bewegen, von dem Antrage auf Erlaß eines Versäumnisurteils Abstand zu nehmen, wenn vorauszusehen ist, daß Einspruch eingelegt und dem Beklagten das Armenrecht bewilligt werden wird. Wenn so vorgegangen wird, kann kaum zu Unrecht eine rechtskräftige Verurteilung erfolgen. Eine wesentliche Mehrbelastung des Richters tritt nicht ein. Ist er vielbeschäftigt, mag er sich die vorgeschlagene Verfügung vorsorglich vervielfältigen lassen.

Dem Beklagten, der sich außerhalb seines Wohnsitzes vertreten lassen muß, erwachsen zwar größere Unbequemlichkeiten als dem, der an seinem Wohnsitz verklagt wird. Diese Unbequemlichkeiten mag aber in Kauf nehmen, wer unbedacht Bestellungen aufgibt. Für die Rechtsfindung bietet es, vom rein praktischen Gesichtspunkt aus gesehen, sogar Vorteile, wenn sämtliche Klagen eines mehr oder weniger schwindelhaften Unternehmens an einem Gericht verhandelt werden. Ein Unternehmen wird meist nicht schon auf Grund einer einzigen Klage als Schwindelfirma entlarvt, sondern meist erst dann, wenn sich seine Klagen häufen und die Beklagten stets dieselben begründeten Einwendungen vorbringen. Wenn die Prozeßrichter, wie das bei Gerichten mittlerer Größe noch der Fall zu sein pflegt, ihre Erfahrungen austauschen, so wird ein Unternehmen am Gericht seiner Niederlassung meist zu-

treffender beurteilt werden, als es der Fall sein würde, wenn seine verschiedenen Klagen jeweils am Wohnort der einzelnen Beklagten anhängig wären.

Im übrigen könnte durch Rechtsbelehrung, vielleicht mit Hilfe einfacher Verwaltungsanordnung, ohne daß es tiefgreifender Gesetzesänderung bedarf, auch sonst manches Unheil von rechtsunkundigen Volksgenossen abgewendet werden, das ihnen im Versäumnisverfahren droht. Schon unsere Formblätter für Zahlungsbefehle sind schwer verständlich. Man erkläre im Zahlungsbefehl, daß der Schuldner, wenn er Einwendungen geltend machen will, Widerspruch erheben müsse. Sei in der bestimmten Frist Widerspruch nicht erhoben, so werde der Zahlungsbefehl für vollstreckbar erklärt. Ein solcher Vollstreckungsbefehl habe die Wirkung eines Versäumnisurteils; der Gläubiger könne sofort vollstrecken. Der Vollstreckungsbefehl müßte alsdann eine Belehrung dahin enthalten, daß binnen einer Woche Einspruch eingelegt werden könne; andernfalls sei die Entscheidung rechtskräftig. Das gleiche gilt für das Versäumnisurteil. Die Belehrung über den Einspruch ist um so notwendiger, als die Frist recht kurz ist und, wie jeder Richter weiß, nicht selten versäumt wird. Solche Belehrungen sind in unserem Verfahren auch nichts Neues. Sowohl das Mieterschutzgesetz wie das Arbeitsgerichtsgesetz kennen Rechtsmittelbelehrungen. Es ist nicht einzusehen, daß die übrigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten etwa geringere Bedeutung hätten als Miet- oder Arbeitsstreitigkeiten.

NS.-Rechtswahrerbund

Reichsarbeitswerk Berlin

Anfang September ist der Winter-Arbeitsplan des Reichsarbeitswerks Berlin erschienen, der die besondere Aufmerksamkeit aller Rechtswahrer vor allem aus den Bezirken Berlin und Kurmark verdient. Die Leser der JW. seien vor allem auf folgende Vorträge hingewiesen:

Neues Aktienrecht (Beginn 5. Okt. 1938).
Recht des Reichsnährstandes (Beginn 10. Jan. 1939).
Recht der gewerblichen Wirtschaft (Beginn 10. Jan. 1939).
Recht des Vierjahresplanes (Beginn 7. März 1939).
Neues Eherecht (Beginn 3. Nov. 1938).
Aktuelle Fragen des Straf- und Strafverfahrensrechts (Beginn 3. Nov. 1938).
Buchungs- und Abschlußtechnik (Beginn 7. Okt. 1938).
Bilanzlehre (Beginn 12. Jan. 1939).
Der Verkehrsunfall und seine Rechtsfolgen einschließlich Haftpflichtprozeß (Beginn 2. März 1939).

Die Einzelheiten der Teilnahmebedingungen ergeben sich aus dem Arbeitsplan und sind bei dem Reichsarbeitswerk Berlin W 35, Tiergartenstraße 20, Fernruf 22 8961, zu erfahren.

Schrifttum

Dr. Adolf Baumbach, SenPräs. beim KG. a. D.: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 14. durchgesehene und ergänzte Aufl. Stand vom Mai 1938. München u. Berlin. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. XXIII, 1564 S. Preis geb. 18 *RM*.

Das Vorwort zu dieser neuen Auflage enthält beherzigenswerte Sätze, die verdienen, unterstrichen zu werden. Es darf in der Tat das Bestreben, ein modernes Prozeßrecht zu schaffen, nicht dazu führen, „langerprobte Sätze leichten Herzens preiszugeben und den Sprung ins Dunkle zu machen, bei dem man nicht übersehen kann, wo man wieder festen Boden berührt." Und weiter zur Unterschätzung des Prozeßrechts: „Wie man sein gutes Recht durchsetzt, kann einem kein Rechtsempfinden verraten. Dazu bedarf es einer genauen Kenntnis des Handwerkszeugs und der Technik." Und ich möchte hinzufügen: auch die verfahrensrechtliche Vorschriften gewähren dem einzelnen einen gewissen Schutz, Schutz in der Richtung, daß jeder seinen Rechtsstandpunkt ausreichend begründen und geltend machen kann. Ein Mißachten „nur" formeller Vorschriften, wie es häufig dem Gericht zugemutet wird, gefährdet deshalb nur allzuleicht von vornherein die Rechtsstellung der einen Partei. Denn Großzügigkeit in einem zweiseitigen Verfahren ist regelmäßig nur auf Kosten des einen Teils, mitunter sogar auf Kosten beider Teile möglich.

Vor eine besondere Aufgabe war die Neuauflage durch die Wiedereingliederung Österreichs in das Reich gestellt. Hier dient eine Gegenüberstellung der österreichischen und der altdeutschen Prozeßvorschriften, welche die Auffindbarkeit der beiderseits die gleichen Fragen behandelnden Vorschriften bezweckt, einem praktischen Bedürfnis.

Auf Einzelheiten der Erläuterungen einzugehen, die naturgemäß stets, besonders bei einem Kurzkommentar infolge der zwangsmäßig gedrängten Darstellung und knappen Auswahl, vielfach in den verschiedensten Richtungen Anlaß zu Erörterungen geben könnten, ist nicht der Zweck der Besprechung eines in der Praxis so eingeführten Hilfsmittels wie des Baumbachschen ZPO.-Kommentars. Daß trotz Vermehrung des zu erörternden Stoffes der Umfang (bisher 1522 jetzt 1564 S.) nur wenig zugenommen hat, ist im Interesse der Handlichkeit des Buches zu begrüßen. Immerhin kann ich nicht unterlassen, auch bei dieser Gelegenheit erneut der Auffassung zahlreicher (vielleicht sogar der meisten!) Benutzer des Werks Ausdruck zu geben und dem Verlag nahe zu legen, die praktische Brauchbarkeit durch etwas größere, leichter lesbare Schrift zu erhöhen. Die dadurch bedingte Vergrößerung des Formats würde sich nur als Vorzug des Buchs auswirken

Abschließend erwähnt sei nur noch, daß Stichproben bestätigen, daß auch jetzt wieder eine weitere Förderung der Übersichtlichkeit durch bessere Gliederung der Erläuterungen, namentlich durch die Art der Einteilung angestrebt und erreicht worden ist und daß Gleiches auch für den inhaltlichen Ausbau gilt.

KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

Justizinspektor Karl Haegele, Rechtspfleger in Ulm a. D.: Erbhof. (Schriftenreihe Rechtspflege und Verwaltung. II. Deutsche Rechtspflege, Heft 11.) Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 99 S. Preis kart. 2,40 *RM*.

Von dem Grundgedanken der ganzen Schriftenreihe, die einzelnen Stoffgebiete in einer für die Praxis und für die Ausbildung geeigneten Form darzustellen, hat sich auch der Verfasser bei dem Aufbau des vorliegenden kleinen Werkes leiten lassen. In einer knappen, klaren Darstellung hat er das Wichtigste und Wesentlichste herausgestellt und damit eine gefällige und leichtfaßliche Einführung in das Rechtsgebiet des Erbhofrechts gegeben.

Das Heft ist jedem zu empfehlen, der sich rasch einarbeiten will, insbesondere dem jungen Rechtspfleger zur Vorbereitung auf die Prüfung, aber auch dem Praktiker, der sich über Zusammenhänge oder eine Einzelfrage orientieren will. Hervorzuheben ist, daß der Verfasser auch die wichtigsten Ergebnisse der Rechtsprechung sinnvoll eingearbeitet hat, wodurch die Schrift an aktuellem Wert gewinnt.

Dr. Hanns Kirchmann, München.

Die Gesetzgebung Adolf Hitlers für Reich, Preußen und Österreich. Die Gesetze nebst amtlichen Begründungen und Durchführungsvorschriften in Reich und Preußen seit dem 30. Jan. 1933 sowie die Rechtseinführungsvorschriften für Österreich in systematischer Ordnung mit Sachverzeichnissen. Heft 27. 16. April bis 15. Juli 1938. Herausgegeben von Dr. Werner Hoche, Ministerialrat im Reichsministerium des Innern. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 685 S. Preis geb. 7,20 *RM*.

Von Hoches „Gesetzgebung Adolf Hitlers" liegt das 27. Heft in der bekannten Ausstattung vor; es enthält die Gesetze und Verordnungen einschließlich der Rechtseinführungsvorschriften für Österreich v. 16. April bis 15. Juli 1938. L.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — § 20 a StGB. Zum Begriff „verbrecherischer Hang".

Wenn in gewissen Bevölkerungsschichten körperliche Ausschreitungen nicht allzu selten vorzukommen pflegen, so kann das dem einzelnen, der dieser Bevölkerungsschicht angehört und sich eine solche Ausschreitung hat zuschulden kommen lassen, nur aus der Erwägung zugute gehalten werden, daß er schlechte Vorbilder vor Augen gehabt habe und ihnen gefolgt sei. Diese Erwägung wird aber schon nicht mehr Platz greifen können, wenn der Betreffende mehrere Male wegen Roheitsverbrechen oder -vergehen gestraft und dadurch auf das Verwerfliche seiner Ausschreitungen aufmerksam gemacht worden ist. Wer trotzdem mit seinen Roheiten fortfährt, der wird aller Lebenserfahrung nach einen Hang zur Begehung von Roheiten haben; vom Standpunkte des § 20 a StGB. aus kann es dann nicht darauf ankommen, ob er diesen Hang infolge der schlechten Sitten, die in seiner Umgebung herrschen, oder auf sonstige Weise erworben hat oder ob er ihm angeboren ist.

Am allerwenigsten kann aber der Hang zu Roheitsverbrechen und -vergehen aus der Erwägung verneint werden, daß der Angekl. bisher nicht ohne besonderen Anlaß seine Ausschreitungen begangen hätte. Wer mit Bewußtsein einen anderen körperlich verletzt, wird in aller Regel einen Anlaß dazu haben. Der Anlaß wird nur bei einem zu Roheiten neigenden Manne ein sehr geringer, oft geradezu ein unverständlicher sein, und sein Hang zu Roheiten wird sich gerade darin offenbaren, daß er aus einem solchen Anlaß ausschreitet. Es käme also darauf an, die Gelegenheiten, bei denen der Angekl. seine früheren Roheitsvergehen begangen hat, nachzuprüfen und zu ermessen, ob sie derart gewesen sind, daß sie auch einen Menschen ohne Hang zu Ausschreitungen hätten veranlassen können, sich zu vergessen. Ob der Angekl. in den elf Fällen der Körperverletzung jeweils einen solch schwerwiegenden Anlaß gehabt hat, wird das LG. in der neuen Hauptverhandlung zu prüfen haben.

(RG., 1. StrSen. v. 26. Juli 1938, 1 D 496/38.)

*

2. RG. — §§ 29, 78 StGB. Ist neben Gefängnis auf Geldstrafe erkannt, so kann die Ersatzfreiheitsstrafe nur in Gefängnis bestehen, auch wenn wegen anderer Straftaten auf Zuchthaus erkannt und eine Gesamtzuchthausstrafe gebildet worden ist.

Fehlerhaft ist im Strafausspruch, daß das LG. im Urteilssatz für die — neben den Gefängnisstrafen von 3 Monaten und 6 Wochen erkannten — Geldstrafen von 1000 und 100 *RM* Ersatzfreiheitsstrafen von 20 und 5 Tagen Zuchthaus festgesetzt hat. An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt nur dann Zuchthaus, wenn neben ihr auf Zuchthaus erkannt worden ist (§ 29 Abs. 1 StGB.). Hier ist aber wegen der Devisenvergehen — und darauf allein kommt es an — auf Gefängnisstrafen erkannt worden. Als Ersatzfreiheitsstrafen für die daneben ausgesprochenen Geldstrafen mußten daher Gefängnisstrafen festgesetzt werden. Daran ändert auch die Bildung einer Gesamtzuchthausstrafe nichts; denn dadurch werden die Geldstrafen und die für sie vorgesehenen Ersatzfreiheitsstrafen nicht betroffen (§ 78 StGB.).

(RG., 1. StrSen. v. 26. Juli 1938, 1 D 440/38.)

*

3. RG. — §§ 264, 263, 153, 154 StGB. Es muß nicht immer ein „besonders schwerer Fall" vorliegen, wenn die irreführende Behauptung von dem Betrüger durch einen Eid bekräftigt wird. Bei Zusammentreffen von Meineid und Betrug ist die Strafe stets dem § 263 StGB. zu entnehmen.

Die Strafe ist auch bei Nichtanwendbarkeit des § 264 dem § 263 StGB. zu entnehmen, da diese Vorschrift neben der gleichen Zuchthausstrafe wie die §§ 153, 154 StGB. noch Geldstrafe androht (RGSt. 72, 113 = JW. 1938, 1385[1] m. Anm.). Daraus folgt, daß auf Zuchthaus nur dann erkannt werden kann, wenn das Gericht hier für Betrug das Vorliegen eines besonders schweren Falles bejaht. Der erk. Sen. hat mehrfach ausgesprochen, daß die Prüfung und Entscheidung dieser Frage nach Maßgabe der in Betracht kommenden Bestimmungen auch in das pflichtgemäße Ermessen des Tatrichters gelegt ist (JW. 1938, 1385[1] m. Anm.; RGUrt. v. 15. Nov. 1937, 2 D 655/37, vom 13. Jan. 1938, 2 D 801/37 = JW. 1938, 1585[6]).

Der 1. StrSen. hat dagegen in dem Urt. v. 15. März 1938, 1 D 62/38: DJ. 1938, 790 = JW. 1938, 1515[4] m. Anm. ausgesprochen, bei rechtlichem Zusammentreffen zwischen Meineid und Betrug liege ein besonders schwerer Fall von Betrug immer dann vor, wenn die irreführende Behauptung eidlich bekräftigt wird und die Eidesverletzung mangels eines zulässigen Strafermäßigungsgrundes mit Zuchthaus bestraft werden muß. Dieser Auffassung vermag im Einklang mit der Rspr. des RG. zu § 73 StGB. der erk. Sen. nicht beizutreten. Im Regelfalle wird bei Tateinheit von Meineid und Betrug für letzteren das Vorliegen eines besonders schweren Falles zu bejahen sein. Eine abweichende Beurteilung durch den Tatrichter wird daher nur in Betracht kommen können, wenn ganz besondere Umstände dies rechtfertigen, die dann einer eingehenden Begründung bedürfen.

(RG., 2. StrSen. v. 25. Juli 1938, 2 D 320/38.)

Devisenstrafrecht

**** 4. RG. — § 11 DevG.**

1. Das Aushändigen von Zahlungsmitteln an einen Ausländer und das Aushändigen an einen Inländer zugunsten eines Ausländers können miteinander in Fortsetzungszusammenhang stehen.

2. Der rein tatsächliche Vorgang des Aushändigens von Zahlungsmitteln an einen Inländer ist als „zugunsten" eines Ausländers geschehen anzusehen, wenn der Täter gerade deshalb die Zahlungsmittel dem Empfänger aushändigt, weil er will, daß dieser sie einem Ausländer in einer devisenrechtlichen strafbaren Weise zukommen läßt. †)

Der äußere und innere Tatbestand eines fortgesetzten Vergehens gegen die §§ 11 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG. ist im Ergebnis ausreichend dargestellt worden.

Soweit der Angekl. an den in Polen wohnhaften P. für das geschmuggelte Fleisch und die Wurst 32 *RM* bezahlt hat, ist ein Vergehen gegen die bezeichneten Devisenbestimmungen einwandfrei dargetan worden. Daß der Angekl. hier zur Zeit der Aushändigung wußte, P. wohne in Polen, sei also Devisenausländer, wird ausdrücklich festgestellt. Was die Rev. hiergegen ausführt, steht mit dem Urteil nicht in Einklang, kann daher nicht beachtet werden.

Der äußere Tatbestand eines vollendeten Vergehens gegen die §§ 11 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG. ist auch nachgewiesen, soweit der Angekl. im ganzen 400 *RM* an den Mitangeklagten L. für die geschmuggelten 80 Gänse bezahlt hat. Zum inneren Tatbestande ist das Urteil hier jedoch nicht ganz klar, wie der Rev. zuzugeben ist. Die StrK. läßt es dahingestellt, ob der Angekl.

wußte, daß L. im Auslande wohnte, jedenfalls sei es ihm genau bekannt gewesen, daß die von ihm dem L. abgekauften Gänse aus Polen kamen und das Geld, das er dem L. gab, „zugunsten" der polnischen Lieferanten der Gänse, also zugunsten eines Ausländers bezahlt wurde. Diese Erwägung ist fehlsam. Wenn der Angekl. den L. für einen „Inländer" hielt und an ihn zugunsten eines Ausländers zahlte, so stellte er sich einen Tatbestand vor, der gar nicht vorlag. Der Tatbestand, den er tatsächlich verwirklichte, nämlich die unmittelbare Aushändigung an einen Ausländer, wäre ihm dann nicht bewußt gewesen. Beide Tatbestände sind in ihren inneren und äußeren Voraussetzungen verschieden. Sie können daher nicht ohne weiteres teilweise gegeneinander ausgewechselt werden. Der Angekl. könnte deshalb, soweit er an L. in der Annahme zahlte, dieser sei „Inländer", nur wegen Versuches einer ungenehmigten Aushändigung von Zahlungsmitteln an einen Inländer im Inlande zugunsten eines Ausländers (s. hierzu weiter unten) bestraft werden. Die Frage, welche Vorstellung sich der Angekl. gemacht hat, hätte daher nicht dahingestellt bleiben dürfen.

Dennoch ist es ausgeschlossen, daß das Urteil auf diesem Mangel beruhen könnte. Die StrK. hat, ohne daß dies rechtlich zu beanstanden ist, angenommen, daß alle Zahlungen, sowohl die an P., als auch die an L. im Fortsetzungszusammenhange standen. Dem würde auch nicht entgegenstehen, daß die Zahlung an P. ein vollendetes Vergehen der verbotswidrigen Aushändigung von Zahlungsmitteln an einen Ausländer im Inlande war, während die Zahlungen an L. gegebenenfalls nur als versuchte Aushändigung an einen Inländer zugunsten eines Ausländers im Inlande zu bewerten sind; denn die beiden Tatbestände des § 11 Abs. 1 DevG. sind in ihrer Art und Zielrichtung so nahe verwandt, daß sie miteinander in Fortsetzungszusammenhang stehen können. Dann aber würde das versuchte Vergehen in der vollendeten Straftat aufgehen. Es bliebe also im Ergebnis bei einem vollendeten Devisenvergehen gegen die §§ 11 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG. Auch für den Strafausspruch wäre es bei der besonderen Lage des Falles offensichtlich von keiner Bedeutung, ob u. U. ein Teil der Fortsetzungstat nur bis zur Versuchsform vorgeschritten ist; denn der äußere Erfolg und der verbrecherische Vorsatz blieb hier derselbe. Alles was zur Strafzumessung ausgeführt worden ist, würde auch in diesem Falle zutreffen. Es besteht daher kein Anlaß, wegen dieses Mangels das Urteil aufzuheben.

Die Rev. beanstandet weiter, daß im Urteil nicht ausreichend festgestellt worden sei, inwiefern nach der Vorstellung des Angekl. eine Aushändigung „zugunsten" eines Ausländers vorläge ... Was unter dem Begriff „zugunsten eines Ausländers" zu verstehen ist, ist umstritten. Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, es müsse sich stets um eine Begünstigung im Rechtssinne handeln (vgl. u. a. Hartenstein, Devisennotrecht, S. 114 § 11 Anm. 5; Flad-Bergbold-Fabricius, Das neue Devisenrecht, § 11 Anm. 4; Turowski in Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, III D 4, DevG. § 11 Anm. 2, und in JW. 1936, 1051 Anm.; Thiele: JW. 1938, 722/723, siehe auch RGUrt. 1 D 819/36 v. 13. Febr. 1937: JW. 1937, 2410[83] = HöchstRRspr. 1937 Nr. 1363). Der Senat sieht jedoch auch nach erneuter Prüfung keinen hinreichenden Anlaß, von seiner Entsch. v. 14. Jan. 1936: RGSt. 70, 88 = JW. 1936, 1051[6] m. Anm. abzugehen, nach der als ein Aushändigen „zugunsten" eines Ausländers auch schon der rein tatsächliche Vorgang des Aushändigens an einen Inländer anzusehen ist, wenn der Täter „die Zahlungsmittel gerade deshalb dem andern aushändigt, weil er will, daß der Empfänger sie einem Ausländer in einer devisenrechtlich strafbaren Weise zukommen lasse". Diese Auslegung widerspricht dem Wortlaut der Bestimmung nicht und ermöglicht es, strafwürdiges, der Devisenwirtschaft gefährliches Tun frühzeitig wirksam zu erfassen, das sonst in diesem Zeitpunkt nicht ohne weiteres in vollem Umfange verfolgbar wäre. So könnte der Angekl. hier wegen etwaiger Beihilfe zum ungenehmigten Überbringen des Geldes in das Ausland nicht bestraft werden, weil nicht nachgewiesen ist, daß L. dieses Geld demnächst tatsächlich nach Polen verbracht hat. Das im Schrifttum gegen die bezeichnete Auslegung zum Teil geäußerte Bedenken, es werde der Tatbestand so in einer für das Wirtschaftsleben bedenklichen Weise erweitert, wird u. a. darauf gegründet, daß das bloße Wissen, der Betrag könne oder werde an einen Ausländer weitergezahlt werden, noch nicht ausreichen könne, den Tatbestand zu erfüllen (vgl. Turowski: JW. 1936, 1051). Dem ist beizupflichten. Gerade um deswillen ist aber in der Entscheidung des Senats RGSt. 70, 88 = JW. 1936, 1051[6] für den inneren Tatbestand die oben wiedergegebene Einschränkung gemacht. Diese besagt, daß es nicht genügt, wenn der Aushändigende mit der Möglichkeit rechnet oder weiß, daß der Betrag an einen Ausländer weitergezahlt werden soll, sondern es gehört in solchen Fällen, d. h. jedenfalls dann, wenn es an einer Begünstigung im Rechtssinne fehlt, zu dem inneren Tatbestande, daß der Täter bezweckt, d. h. die Zahlungsmittel in der Absicht aushändigt, daß der Empfänger sie demnächst einem Ausländer in devisenrechtlich strafbarer Weise zukommen läßt.

Auch in dieser Richtung ist der innere Tatbestand aus dem Zusammenhange des Urteils ausreichend zu entnehmen. Das Urteil ist so zu verstehen, daß der Angekl. das Geld an L. zahlte, damit dieser es mindestens zum großen Teil zur Bezahlung an die bisherigen oder zukünftigen Lieferanten der Gänse weiterleite, wozu dieser auch entschlossen war. Diese Auslegung des Urteils ergibt sich insbes. eindeutig daraus, daß die StrK. die Annahme von Tateinheit zwischen dem Devisenvergehen und der Zollhinterziehung damit begründet, die Gelder hätten weiterem Schmuggel dienen sollen. Daraus ist zu entnehmen, daß der Angekl. nach der Überzeugung der StrK. bei der Aushändigung bezweckte, das Geld solle zum mindesten für zukünftige Aufkäufe in Polen in devisenrechtlich strafbarer Weise Ausländern zukommen, es zum wenigsten auch mit dieser Zweckbestimmung an L. auszahlte, um auf diese Weise zugleich zu seinem Vorteil den Weiterbetrieb des Schmuggels zu fördern.

(RG., 4. StrSen. v. 15. Juli 1938, 4 D 766/37.)

Anmerkung: Die Entsch. des 4. StrSen. weist erneut auf eine der noch ungeklärten Streitfragen des Devisenrechts hin: Ist zur Verwirklichung des „Aushändigens von Zahlungsmitteln an einen Inländer zugunsten eines Ausländers" nötig, daß dieser rechtlich begünstigt wird, oder genügt es, wenn die Zahlungsmittel dem Inländer ausgehändigt werden, damit sie dem Ausländer zufließen, ohne daß dessen Rechtslage schon durch die bloße Aushändigung unmittelbar beeinflußt wird? Der 4. Sen. hat sich unter bestimmten Voraussetzungen für die letzte Annahme entschieden und damit an seiner früheren Rspr. (JW. 1936, 1051[6]) trotz der von Hartenstein (DevArch. 1936, 264) und Turowski (JW. a. a. O.) geübten Kritik festgehalten. Diesen ablehnenden Meinungen standen Flad-Bergbold-Fabricius (Anm. 4 zu § 11 DevG.) zur Seite, und neuerdings hat sich Thiele ebenfalls für das Erfordernis der Begünstigung im Rechtssinne ausgesprochen (JW. 1938, 723). Ob sich Thiele für seine Ansicht mit Recht auf die Ausführungen des 2. StrSen. im Urt. v. 20. Dez. 1937 (JW. 1938, 739[1]) berufen kann, erscheint zweifelhaft; aus den Gründen der Entscheidung läßt sich eine eindeutige Stellungnahme des Senats nicht entnehmen. Auch der 1. StrSen. hat im Urt. vom 23. Febr. 1937 (JW. 1937, 2410[83]) die Frage für die Vorschrift des § 11 DevG. offen gelassen, sie allerdings für andere Devisenrechtsnormen (Richtl. II 19 u. 52) i. S. einer ausschließlich rechtlichen Begünstigung entschieden.

Der Wortlaut der Bestimmung läßt beide Ansichten zu. Keineswegs kann aus der Verwendung des in der allgemeinen bürgerlichen Rechtslehre vorhandenen Begriffs „zugunsten" geschlossen werden, daß nur die Begünstigung im Rechtssinne gemeint sei. Denn auch dort, etwa beim sog. Vertrag zugunsten Dritter, hängt es durchaus von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Rechtslage des Dritten allein durch den Vertragsschluß eine Änderung erfährt. Im übrigen kann heute nicht mehr gesagt werden, daß das Devisenrecht schlechthin ohne Einschränkung oder Erweiterung dem allgemeinen bürgerlichen Recht folge; vielmehr sind im Laufe der devisenrechtlichen Entwicklung auch die Begriffe fortgestaltet worden, wenn dies für den Zweck dieses Sonderrechtsgebietes erforderlich war (vgl. z. B. für den Begriff der Verfügung: Berghold: JW. 1938, 520).

Die hiergegen von Turowski in JW. 1936, 1052 geäußerten Bedenken erscheinen heute unbegründet.

Die Frage wird auch nicht durch die Behauptung gelöst, „nach dem ganzen Sinn der Bestimmung" müsse der Täter eine Begünstigung im Rechtssinne gewollt haben (so Thiele a. a. O.). Es ist nicht einzusehen, warum die weitergehende, als „wirtschaftlich" bezeichnete Begünstigung mit dem Sinn der Vorschrift unvereinbar sein soll. Anerkanntermaßen, wie Hartenstein betont, ist der in derselben Vorschrift gebrauchte Begriff des Aushändigens rein äußerlich und tatsächlich aufzufassen. Es dürfte deshalb eine besondere Begründung erforderlich sein, wenn für den Begriff „zugunsten" Einschränkungen gemacht werden. Eine derartige Begründung wird jedoch weniger in dem Sinn der Rechtsnorm gesucht als vielmehr in der Gefahr der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch die im Ausmaß ungewisse Ausweitung der Begriffe gesehen.

Diese Gefahr hat der 4. Sen. aber beachtet und deshalb sowohl in seiner früheren wie auch jetzigen Entscheidung diejenigen Voraussetzungen deutlich herausgearbeitet, die stets vorliegen müssen, wenn über die Begünstigung im Rechtssinne hinausgegangen werden soll. Sie liegen im inneren Tatbestand. Es genügt nicht, daß sich die Vorstellung des Täters darauf beschränkt, der Empfänger der Zahlungsmittel werde diese an einen Ausländer weiterleiten. Es genügt ebensowenig, daß der Täter diese Möglichkeit billigt. Der Senat verlangt vielmehr darüber hinaus ein Handeln mit der bestimmten Absicht, daß der Empfänger die Zahlungsmittel dem Ausländer ohne die erforderliche Genehmigung aushändige. Der Wille des Täters muß sich danach darauf erstrecken, an den Inländer gerade deshalb zu leisten, weil dieser das Erlangte nicht für sich verwenden, sondern an den dem Täter bekannten Ausländer weitergeben werde. Der Wille des Täters muß ferner den Umstand umfassen, daß die Zahlungsmittel ohne Genehmigung an den Ausländer gelangen werden. Mit der Aufstellung dieser Erfordernisse des inneren Tatbestandes hat das RG. die klaren Grenzen für die Begriffserweiterung gezogen. Die angegebenen Besprechungen der früheren Entscheidung haben diese Erfordernisse nicht genügend gewürdigt.

Kann hiernach dem 4. Sen. grundsätzlich in der Auslegung des streitigen Begriffs gefolgt werden, so bleibt doch für den Einzelfall zu prüfen, ob es erforderlich ist, über die Annahme der rechtlichen Begünstigung hinauszugehen, um „strafwürdiges Tun frühzeitig wirksam zu erfassen". Wenn der Senat hierzu ausführt, der Angekl. könne aus Beweisgründen nicht wegen Beihilfe zum Verbringen des Geldes bestraft werden, so scheint damit auch die Annahme einer etwaigen Beihilfe zu einer von L. begangenen ungenehmigten Aushändigung der Zahlungsmittel an den Ausländer ausgeschlossen zu sein. In anderen Fällen werden derartige Teilnahmehandlungen wie auch Anstiftung zum Aushändigen oder Verbringen möglicherweise eher festzustellen sein. Endlich kommt auch in Betracht, daß der Täter den Inländer als Werkzeug benutzt und so selbst die Zahlungsmittel über dieses Werkzeug dem Ausländer aushändigt; eine Möglichkeit, mit der sich derselbe Senat in seiner Entsch. vom 3. Dez. 1937 (JW. 1938, 507) beschäftigt hat.

RegAss. Dr. H. F. Schulz, Berlin.

*

5. OLG. — §§ 13, 50 DevG.; § 134 VZollG.; §§ 3 Abs. 2, 421 ff. RAbgO. Wahrnehmung der Rechte des Nebenklägers durch das Hauptzollamt bei Devisenausfuhrvergehen.

Den Angeschuldigten ist in der Anklageschrift je ein gemeinschaftlich begangenes Vergehen nach §§ 13 Abs. 1 u. 2, 42 Abs. 1 Nr. 3, 45 DevG. je in Tateinheit (§ 73 StGB.) mit einem Vergehen des Bannbruchs nach § 134 VZollG. zur Last gelegt.

Erhebt die Staatsanwaltschaft wegen einer Devisenzuwiderhandlung die öffentliche Klage, so hat gemäß § 50 DevG. die örtlich zuständige Devisenstelle die Rechte eines Nebenklägers. Aus dem auf der Vorschrift in § 13 Abs. 2 DevG. beruhenden Vorliegen der Tateinheit zwischen dem Devisenvergehen nach § 13 Abs. 1 DevG. und dem Vergehen des Bannbruchs nach § 134 VZollG. ergibt sich an sich die Anwendbarkeit aller Vorschriften über die Verfolgung des Bannbruchs (vgl. RGSt. 69, 385, 386 = JW. 1936, 461[25]), demnach gemäß § 3 Abs. 2 RAbgO. der Vorschriften in den §§ 421 ff. RAbgO. (vgl. Hartenstein, „Devisennotrecht", Vorbem. 33 vor DevG., 5. Abschnitt). Trotzdem stehen den Hauptzollämtern die ihnen durch § 472 zugewiesenen Nebenklägerrechte nicht schlechthin in all den Fällen zu, in welchen ein mit einem Vergehen nach § 13 Abs. 1 DevG. rechtlich zusammentreffendes Vergehen des Bannbruchs nach § 134 VZollG. den Gegenstand des gerichtlichen Strafverfahrens bildet. In dem Runderlaß 16/34 der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung v. 16. Febr. 1934 (abgedr. bei Flad-Berghold-Fabricius II D 171) ist bestimmt, daß die Hauptzollämter in den Devisenstrafsachen wegen Vergehens nach § 13 DevG. nur dann mit der Wahrnehmung der Rechte des Nebenklägers allgemein beauftragt sind, wenn sie die Vorgänge unmittelbar an die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage abgegeben haben, daß dagegen in allen anderen Fällen, bei denen die Zollfahndungsstelle die Ermittlungen durchgeführt hat, die Rechte des Nebenklägers allein den Devisenstellen zustehen. Diese im Einvernehmen mit dem RFM. ergangene Anordnung der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung schließt im bezeichneten Umfang die auf § 472 RAbgO. gegründeten Nebenklägerrechte der Hauptzollämter rechtswirksam aus. — Der im Urt. des RG. v. 23. Sept. 1937, 1 D 1029/36: JW. 1937, 3099[27] = HöchstRRspr. 1938, 640 behandelte Fall, in welchem für das Devisenvergehen die Nebenklägerrechte der Devisenstelle und für das Zollvergehen dem Hauptzollamt zuerkannt werden, betrifft einen Tatbestand, bei dem die beiden Vergehen sachlich zusammentrafen.

Da das Hauptzollamt mit dem Verfahren gegen die Angeschuldigten nicht befaßt war, die Erhebungen vielmehr von der Zollfahndungsstelle durchgeführt wurden und die Sache von ihr zur Verfolgung an die Staatsanwaltschaft abgegeben wurde, hat das Hauptzollamt nicht die Stellung des Nebenklägers.

(OLG. München, Beschl. v. 23. Juni 1938, 2 Ws 171/38.)

*

6. OLG. — § 45 DevG.; §§ 31—33 DurchfVO. v. 4. Febr. 1935. Die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels beginnt auch für die vorschriftswidrig nicht geladenen Einziehungsbeteiligten mit der Verkündung des Urteils.

... Dem BeschwF. stand die durch das Urteil eingezogene Forderung zu. Er hat auch an dem der Einziehung unterliegenden Werte im Verlaufe des Strafverfahrens seine Rechte geltend gemacht. Er ist also an der Einziehung beteiligt und war berechtigt, an dem Strafverfahren gegen den Beschuldigten teilzunehmen. Nach § 31 DurchfVO. zum DevG. v. 4. Febr. 1935 hätte er als Beteiligter zur Hauptverhandlung gegen den Beschuldigten geladen werden sollen, die Ladung ist jedoch unterblieben. Nach § 32 DurchfVO. hätte er auch ohne Ladung in der Hauptverhandlung erscheinen und seine Rechte geltend machen können. Er hat jedoch von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht. Gleichwohl ist das in der Hauptverhandlung ergangene Urteil auch in Richtung gegen ihn rechtskräftig geworden, da er von dem ihm weiterhin zustehenden Rechte, Revision einzulegen, keinen Gebrauch gemacht hat. Nach § 33 DurchfVO. beginnt für Beteiligte, die zur Hauptverhandlung weder geladen noch erschienen sind, die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels mit der Verkündung des Urteils. Das RG. hat zwar (vgl. RGSt. 70, 40 = JW. 1936, 936[27]) für das Steuerstrafverfahren nach den Vorschriften der RAbgO. die Anschauung vertreten, daß die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels durch einen zur Hauptverhandlung vorschriftswidrig nicht geladenen und auch in ihr nicht erschienenen und nicht vertretenen Nebenbeteiligten erst mit der Zustellung des Urteils beginnt und die Frage, wann im Devisenstrafverfahren für den vorschriftswidrig zur Hauptverhandlung nicht geladenen und auch nicht erschienenen oder vertretenen Nebenbeteiligten diese Frist beginnt, ob mit der Verkündung des Urteils nach der bestimmten Fassung des § 33 DurchfVO. oder mit der Zustellung des Urteils aus Billigkeitsgründen, offen gelassen. Der Senat ist der — auch von Gurski: JW. 1936, 3161 vertretenen — Meinung, daß im Devisenstrafverfahren auch für den vorschriftswidrig nicht geladenen und nicht erschienenen und nicht vertretenen Nebenbeteiligten die Rechtsmittelfrist mit der Verkündung des Urteils beginnt. Der klare und bestimmte Wortlaut läßt eine Ausnahme nicht zu. Die Bestimmung des § 33 hat ohne Rücksicht auf sich ergebende Härten angesichts des oft schwer zu übersehenden Kreises der Betroffenen den Zweck, für das dem lebenswichtigen Ziel der Sicherung der deutschen Währung dienende Devisenstrafverfahren zu verhindern, daß die Rechtskraft der die Einziehung anordnenden Ur-

teile in der Schwebe bleibt (vgl. hierzu auch RGSt. 11, 414, 416; Gurski a. a. O.). Wenn das RG. für das Steuerstrafverfahren einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, so mag das gerechtfertigt sein, da § 443 RAbgO. die Zuziehung der Nebenbeteiligten in gewissen Fällen für das Verwaltungsstrafverfahren zwingend vorschreibt und diese Vorschrift auch im gerichtlichen Verfahren zu beachten ist (vgl. RGSt.: JW. 1935, 952). Im Gegensatz zu dieser Vorschrift und auch im Gegensatz zu § 432 StPO., der gleichfalls für das objektive Verfahren im Rahmen der StPO. die Ladung der Einziehungsbeteiligten zwingend vorschreibt, stellt die Bestimmung des § 31 DurchfVO. nach Sinn und Wortlaut nur eine Sollvorschrift dar. Der Gesetzgeber ist offensichtlich mit Absicht für das Devisenstrafverfahren den Vorbildern der RAbgO. und der StPO. nicht gefolgt (vgl. auch KG.: JW. 1937, 52 und RG.: JW. 1938, 38; ferner Seeliger: JW. 1936, 1868). Gegen die Berechtigung von Erwägungen aus Gründen der Billigkeit bestehen Bedenken. Es ist nicht einzusehen, daß insbesondere derjenige, der im Strafverfahren seine Rechte geltend gemacht hat, also weiß, daß ein Strafverfahren anhängig ist, in dem ein ihm zustehender Wert eingezogen werden kann, der es aber versäumt, sich um den Termin zur Hauptverhandlung zu kümmern und in der Hauptverhandlung nicht erscheint, lediglich wegen Unterbleibens der vorgeschriebenen Ladung besser gestellt sein soll, als derjenige, der von der Durchführung des Strafverfahrens überhaupt keine Kenntnis hat. — Die Frist zur Einlegung der Rev. begann für den BeschwF. hiernach mit der Verkündung des Urteils, der Lauf der Frist war nicht etwa von einer Zustellung abhängig.

(OLG. München, Beschl. v. 1. Juni 1938, 2 Ws 122/38.)

Strafprozeßordnung

7. OLG. — § 61 Nr. 6 StPO. Keine Bindung des Gerichts an den Eidesverzicht. Wird der nach Verzicht unbeeidigt vernommene Zeuge nochmals vernommen, so deckt sein Nacheid auch die vorausgegangene Aussage.

Nicht begründet ist die verfahrensrechtliche Rüge, soweit sie beanstandet, daß der in der Hauptverhandlung vernommene Zeuge Z., nachdem auf dessen Beeidigung seitens der Beteiligten verzichtet und die Beweisaufnahme geschlossen worden war, im Anschluß an die Ausführungen und die Antragstellung des Staatsanwalts nochmals vernommen und beeidigt wurde. Es ist anerkannten Rechts, daß selbst nach Schluß der Beweisaufnahme diese auch ohne Antrag eines Beteiligten von Amts wegen wiederaufgenommen und ein bereits vernommener Zeuge nochmals vernommen werden kann. Abgesehen davon, daß der nach der ersten Vernehmung erklärte Verzicht auf die Beeidigung an sich nicht auch für die weitere Vernehmung wirkte (vgl. RGSt. 69, 264 f. = JW. 1935, 2976[51] m. Anm.; HöchstRRspr. 1935 Nr. 1194), bindet ein Verzicht der Beteiligten das Gericht nicht; selbst im Fall des Verzichts entscheidet das Ermessen des Gerichts (vgl. Schwarz zu § 61 StPO., Anm. 1, 2 F). Grundsätzlich stellen alle von einem Zeugen in derselben Hauptverhandlung abgegebenen Erklärungen zusammen nur eine Vernehmung dar und grundsätzlich erstreckt sich der Nacheid auf alle Aussagen (vgl. Löwe-Gündel zu § 67 StPO., Anm. 1; vgl. auch JW. 1929, 1042). Ein Verfahrensverstoß wäre nur gegeben, wenn nur die weitere Aussage des Zeugen zum Gegenstand der Beeidigung gemacht worden wäre (vgl. Löwe-Gündel zu § 61 StPO., Anm. 6; GoltdArch. 54, 81; siehe auch JW. 1935, 2436).

(OLG. München, Urt. v. 5. Juli 1938, 1 Ss 203/38.)

*

8. OLG. — §§ 359 Abs. 2, 363 Abs. 1 StPO.; § 42 Abs. 1 StGB. Wiederaufnahme des Verfahrens zur Beseitigung eines gegen einen Arzt erlassenen Berufsausübungsverbots gemäß § 42 Abs. 1 StGB. Die Vorschrift des Gesetzes, daß die Anordnung des Verbots erforderlich sein muß, um die Allgemeinheit zu schützen, stellt eine tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsmaßregel dar. Die Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal richtig festgestellt worden ist, kann mit der Wiederaufnahme des Verfahrens nachgeprüft werden (§ 359 Abs. 2 StPO.). Lediglich die Ermessensentscheidung des Gerichts, ob und in welchem Umfang auf Grund dieses richtig festgestellten Tatbestands die Sicherungsmaßnahme anzuordnen ist, ist gemäß § 363 StPO. der Nachprüfung im Wiederaufnahmeverfahren entzogen.

Der Arzt Dr. X. ist durch rechtskräftiges Urteil des SchwG. A. wegen Abtreibung zu einer Gefängnisstrafe von drei Jahren verurteilt worden. Außerdem ist ihm die Ausübung des ärztlichen Berufes gemäß § 42 Abs. 1 StGB. auf die Dauer von drei Jahren untersagt. Das SchwG. hat zur Begründung dieser Maßnahme angeführt, es bestehe infolge des Mangels an Berufsauffassung, der Charakterschwäche und der geringen menschlichen Eigenschaften des Verurteilten eine Gefährdung der Allgemeinheit in der Richtung, daß der Verurteilte als vorbestrafter Arzt ohne Kassenpraxis dort seine Einnahmequelle finden wolle, wo sie ein anderer Arzt nicht suche, daß er also Abtreibungen begehe.

Der Verurteilte hat die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt mit dem Ziel, das ausgesprochene Berufsausübungsverbot aufzuheben. Er hat geltend gemacht, daß die Auffassung des SchwG., die Anordnung sei erforderlich, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen, auf unrichtigen Tatsachenfeststellungen beruhe. Das LG. in A. hat den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens als unzulässig verworfen, weil das Erfordernis der Abwendung einer weiteren Gefährdung der Allgemeinheit nicht zu den sachlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherungsmaßregel gehöre, sondern eine Ermessensentscheidung des Gerichts sei, für deren Nachprüfung die Wiederaufnahme nicht zugelassen sei (§ 363 Abs. 1 StPO.).

Gegen diesen Beschluß hat der Verurteilte die sofortige Beschwerde eingelegt. Sie ist jedoch nicht begründet.

Dem angefochtenen Beschlusse ist insoweit beizutreten, als eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Abs. 2 StPO. auch zulässig ist, wenn die festgestellten Tatsachen nicht die Merkmale aufweisen, die vom Gesetzgeber sachlich als Voraussetzung für die Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung aufgestellt sind (vgl. Schäfer-Wagner-Schafheutle, Ges. gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher Ziff. 31 Anm. 3, S. 274). Die Wiederaufnahme ist also grundsätzlich möglich.

Die weiteren Ausführungen des LG. treffen jedoch nicht zu. Das Merkmal des Gesetzes, daß die Anordnung erforderlich sein muß, um die Allgemeinheit zu schützen, stellt eine sachliche Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsmaßregel dar. Das Gericht kann die Überzeugung, daß die Allgemeinheit zu schützen erforderlich ist, überhaupt nur auf Grund der Umstände der Tat oder der sonstigen in der Hauptverhandlung erörterten Verhältnisse gewinnen. Entsprechen diese festgestellten Tatumstände nicht der Wirklichkeit, so ist die eine Voraussetzung für die Anordnung hinfällig. Es müssen also die Tatumstände richtig festgestellt sein. Erst dann entscheidet das Gericht nach seinem freien Ermessen, ob und auf welche Zeit es das Berufsausübungsverbot aussprechen will. Denn das Berufsverbot ist nicht zwingend vorgeschrieben, sondern stets in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt. Die Ermessensentscheidung des Gerichts setzt jedoch gar nicht erst ein, wenn auf Grund des richtig festgestellten Sachverhalts eine weitere Gefährdung der Allgemeinheit nicht zu befürchten ist. Eine Wiederaufnahme zu dem Zwecke, lediglich die im Rahmen des Gesetzes getroffene Ermessensentscheidung des Gerichts anzugreifen, ist ausgeschlossen (Schäfer-Wagner-Schafheutle a. a. O., S. 278). In dieser Richtung bewegt sich jedoch das Vorbringen des BeschwF. nicht. Die von ihm beigebrachten Tatsachen und Beweismittel richten sich vielmehr gegen die tatsächliche Feststellung des Gerichts, daß das Verbot erforderlich erschien, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen, und gegen die dieser Feststellung zugrunde liegenden Tatsachen. Eine Wiederaufnahme zu diesem Zweck ist daher zulässig.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann jedoch nur dann von Erfolg sein, wenn das erkennende Gericht die Anordnung der Sicherungsmaßnahme auch tatsächlich auf die festgestellten Tatsachen gegründet hat, m. a. W. wenn es die Maßregel bei Kenntnis der Unrichtigkeit seiner Feststellungen nicht angeordnet hätte (Schäfer a. a. O. S. 275). Der Anordnung des SchwG. ist jedoch durch den Wegfall der angeblich irrig festgestellten Tatumstände keineswegs die Grundlage entzogen worden.

Der BeschwF. wendet sich mit seinem Vorbringen hauptsächlich gegen die Feststellung des SchwG., daß er sich um die Zeugin S. nach dem Eingriff nicht mehr gekümmert, sie vielmehr allein ihrem Schicksal überlassen habe. (Wird näher ausgeführt.) Aber selbst, wenn man als wahr unterstellt, daß der BeschwF. die Patientin im Hotel aufgesucht hat, bleiben doch die übrigen Feststellungen des Gerichts als richtig bestehen:

1. Der Angekl. wies den ihm völlig unbekannten L. mit seinem Abtreibungsansinnen nicht kurzerhand ab, sondern forderte ihn auf, das Mädchen zu ihm zu schicken und nahm an ihr, mit der ihn nicht die geringsten menschlichen Beziehungen verbanden, eine Abtreibung vor.

2. Der Angekl. verlangte und erhielt sofort das ungewöhnlich hohe Honorar von etwa 140 RM. Nach dem Gutachten des Sachverständigen hätte er bei einer medizinisch gebotenen

Schwangerschaftsunterbrechung höchstens die Hälfte verlangen dürfen.

Diese Tatsachen offenbaren für sich einen Mangel an Berufsauffassung und eine Charakterschwäche, die allein schon die Annahme der Gefährdung der Allgemeinheit rechtfertigen.

Darüber hinaus hat aber das SchwG. bei der Entsch. auch das in der Hauptverhandlung zur Sprache gekommene Verhalten des BeschwF. den Hausangestellten und der Zeugin B. gegenüber mitverwertet. Er hat selbst zugegeben, daß er mehrfach während des Bestehens seiner Ehe mit jungen Mädchen, u. a. mit einer Hausangestellten und einer 16jährigen Sprechstundenhilfe geschlechtlich verkehrt hat. Anläßlich einer Behandlung der Zeugin B. versuchte er, sich dieser unsittlich zu nähern. Er scheute sich ihr gegenüber nicht, „seine Stellung als Arzt auszunutzen, um Befriedigung für seine niederen Triebe zu suchen". Dieses Verhalten zeigt, „daß der Angekl. hemmungslos und ohne sittlichen Halt ist, so daß man ihm zutrauen kann, daß er bei einer sich bietenden günstigen Gelegenheit auch vor einer neuen Abtreibung nicht zurückgeschreckt wäre".

Auch diese Feststellung versucht der BeschwF. abzuschwächen. Die von ihm angeführten Tatsachen, er sei infolge des lieblosen Verhaltens und des unerträglichen Benehmens seiner Frau zu anderen Frauen getrieben worden, schaffen die Feststellungen jedoch nicht aus der Welt. (Wird näher ausgeführt.)

Auf das sonstige Vorbringen des BeschwF. über seine angeblich guten Eigenschaften kann es hier nicht ankommen, da allein die in der Verhandlung erörterten Verhältnisse für die Entscheidung maßgebend sind. Auf Grund der dort festgestellten Tatumstände erscheint die Anforderung des Gesetzes erfüllt, daß die Anordnung des Berufsverbotes erforderlich sein muß, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. Der BeschwF. vermag jedenfalls, selbst wenn man sein Hauptargument, daß er sich um die Zeugin S. gekümmert habe, ohne nähere Prüfung und ohne Beweisaufnahme als wahr unterstellt, die übrigen Feststellungen des SchwG. nicht zu Fall bringen. Aus diesem zweifellos richtigen Feststellungen hätte aber auch das SchwG., wie aus den Urteilsgründen hervorgeht, eine Gefährdung der Allgemeinheit gefolgert und sich für die Anordnung der Sicherungsmaßregel entschieden.

(OLG. Naumburg [S.], StrSen., Beschl. v. 18. Juni 1938, 6 Ws 180/38.)

*

9. OLG. — §§ 464 Abs. 2, 471 Abs. 1, 5, 397 StPO. Die Frist zur Beschw. gegen den auf die Erinnerungen des Beteiligten ergangenen Gerichtsbeschluß beträgt 14 Tage. — Zu den dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen gehören auch die vor dem Anschluß erwachsenen.

Streitig ist, ob die Beschwerdefrist des § 464 Abs. 2 StPO., § 104 ZPO. nach § 311 StPO. eine Woche oder nach § 577 ZPO. zwei Wochen beträgt. Die erste Auffassung wird vom OLG. Celle (JurRdsch. 1928, 99) und von Gündel, „StPO.", 19. Aufl., § 464 Bem. 6 a, die letztere von Willenbücher, „Kostenfestsetzungsverfahren", 12. Aufl., S. 226 f. sowie offenbar auch von den vom RJM. erlassenen Richtlinien für das Strafverfahren in Ziff. 228 a Abs. 6 (vgl. DJ. 1937, 609), die § 577 ZPO. ausdrücklich anführen, und wohl auch vom KG. (Recht 1929 Nr. 189; GoltdArch. 73, 206) vertreten. Der Senat schließt sich dieser letzteren Meinung an. Die Gründe des OLG. Celle sind nicht überzeugend. Daß zum Verfahren, auf das nach § 464 Abs. 2 StPO. die Vorschriften der ZPO. entsprechend anwendbar sind, auch die der StPO. fremden Erinnerungen nach § 104 ZPO. und das Beschwerdeverfahren gehören, ist unbestritten. Wenn aber das Beschwerdeverfahren sich nach der ZPO. richtet, so erfordert die Konsequenz, daß auch für die Beschwerdefrist die Vorschriften der ZPO. maßgebend sind. Der Umstand, daß die Beschwerdefrist nicht in § 577 ZPO. geregelt ist, kann nicht ausschlaggebend sein. Daß die Erinnerungsfrist sich nach der ZPO. richten und zwei Wochen betragen soll, während die Frist für die Beschw. sich nach der StPO. bestimmen und eine Woche betragen soll, wäre ein wenig befriedigendes Ergebnis. Wenn der Gesetzgeber für die Fälle des § 464 Abs. 2 StPO. die Vorschriften der ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt hat, so war offenbar der Grund hierfür, daß er das Verfahren über die Festsetzung der von einem Beteiligten einem anderen zu ersetzenden Auslagen im Straf- und Zivilprozeß einheitlich regeln wollte. Diesem Zweck widerspräche eine Teilanwendung von Vorschriften der StPO.

Nach § 397 StPO. hat der Nebenkläger nach erfolgtem Anschluß die Rechte des Privatklägers. Daraus folgt, daß gemäß § 471 Abs. 1 und 5 StPO. der Verurteilte die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen zu ersetzen hat. Das OLG. Kassel vertritt die Auffassung, daß der Verurteilte nur die dem Nebenkläger nach erfolgtem Anschluß entstandenen Auslagen zu tragen hat. Nach einer anderen Meinung, namentlich dem KG., sind dem Nebenkläger, der bereits im Vorverfahren den Anschluß erklärt hat, auch die im Vorverfahren erwachsenen Auslagen zu erstatten (vgl. hierüber Gündel, § 397 StPO., Bem. 4 a). Die letztere Auffassung verdient nach der Meinung des Senats den Vorzug. Für den Zeitpunkt, von dem ab der Nebenkläger die prozessuale Stellung als Nebenkläger hat, ist allerdings der Beschluß des Gerichts nach § 396 Abs. 2 StPO. maßgebend. Für die Frage, welche Kosten dem Nebenkläger zu erstatten sind, legt, wie das KG. zutreffend ausführt, das Gesetz nur Gewicht auf die Notwendigkeit der Auslagen, ohne daß es darauf ankommt, ob sie vor oder nach dem Gerichtsbeschluß entstanden sind.

(OLG. München, Beschl. v. 21. Juli 1938, 2 Ws 189/38.)

Straffreiheitsgesetz

10. OLG. — § 1 StraffreihG. v. 30. April 1938. Straffreiheit und Dauerdelikt. Möglichkeit des Übergangs vom ordentlichen zum objektiven Verfahren (Einziehung, Unbrauchbarmachung, polizeiliche Beseitigungsbefugnis im Baurecht) in den Tatsacheninstanzen, nicht mehr im Revisionsverfahren.

Der Angekl. war wegen baupolizeilicher Übertretungen verurteilt worden und der Polizeibehörde die Befugnis zur Beseitigung des regelwidrigen Zustands zugesprochen worden.

Das RevG. hatte von Amts wegen zu prüfen, ob das anhängige Verfahren nach § 1 Abs. 2 des Ges. v. 30. April 1938 niedergeschlagen und deshalb einzustellen ist (vgl. RGSt. 71, 252 = JW. 1937, 2422[103]). Es bedarf keiner Erörterung, daß eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe, bei der die Ersatzfreiheitsstrafe mehr als einen Monat beträgt, nicht zu erwarten ist.

Die Tat ist auch vor dem 1. Mai 1938 begangen. Allerdings stellt die Nichtbefolgung der baupolizeilichen Anordnung nach § 367 Nr. 13 StGB. ein Dauerdelikt dar, bei dem der strafbare Tatbestand ununterbrochen verwirklicht wird, solange der Täter bei dem Ungehorsam verharrt. Ebenso lange wird das Dauerdelikt im amnestierechtlichen Sinn „begangen" (vgl. RGSt. 57, 197; Schäfer, „Straffreiheitsgesetz" v. 30. April 1938, Bem. IV 2 b α zu § 1). Den Feststellungen des AG. kann entnommen werden, daß der Angekl. wahrscheinlich über den 30. April 1938 hinaus die polizeiliche Anordnung nicht befolgt hat. Das RevG. kann bei der Prüfung der Amnestiefrage dieser Wahrscheinlichkeit schon um deswillen nicht nachgehen, weil das angefochtene Urteil seine Feststellungen nur für die Zeit bis zu seiner Erlassung (26. April 1938) getroffen hat und treffen konnte, und weil die an sich gegebene Befugnis des RevG. zur freien Nachprüfung des Amnestietatbestands sich nur auf die dem StraffreihG. wesenseigenen Fragen erstreckt, die Bindung an die die Tat selbst betreffenden Feststellungen aber bestehen bleibt (vgl. Schäfer a. a. O. Bem. II C 3 zu § 6 der 1. DurchfVO. S. 72).

Außerdem ist es in der Rechtsprechung anerkannt, daß eine einheitliche fortgesetzte Straftat (fortgesetztes Delikt, Dauerdelikt, Kollektivdelikt) durch ein auf Bestrafung lautendes Urteil unterbrochen wird; die Grenze wird durch das Urteil gesetzt, welches in der durch Rechtsmittel hervorgerufenen Aufeinanderfolge als letztes gestaltungsfähig i. S. des § 264 StPO. ist (vgl. RGSt. 51, 253; 66, 45; BayObLG. 18, 41; 25, 181). Das hat zur Folge, daß das nach dem 26. April 1938 liegende Verhalten des Angekl. eine selbständige Straftat darstellt, die nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem RevG. ist. Hiernach sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 StraffreihG. vom 30. April 1938 gegeben.

Nun erstreckt sich die Straffreiheit allerdings nicht auf die die der Einziehung gleichgestellte Beseitigungsbefugnis. Hierauf kann jedoch im ordentlichen Verfahren nicht mehr erkannt werden (vgl. Schäfer, DJ. 1936, 719 ff., III A, II 1 c).

Der Ausspruch der Beseitigungsbefugnis in dem durch Art. 18 Abs. 2 BayPolStGB. vorgesehenen Verfahren ist ungeachtet der Niederschlagung des Verfahrens zulässig (§ 1 Abs. 4 der 1. DurchfVO.). Der Senat erachtet im Anschluß an die ständige Rspr. des BayObLG. (ObLG. 31, 36; 34, 161, 165; a. M. RGSt. 66, 419; 68, 404, 418; s. auch Schäfer a. a. O. S. 53) den Übergang vom ordentlichen zum objektiven Verfahren für zulässig. Erforderlich ist aber, daß der Staatsanwalt den nach § 430 StPO. notwendigen, in seinem Ermessen liegenden Antrag gestellt hat. Im Revisionsverfahren könnte der — vom Generalstaatsanwalt übrigens nicht gestellte — Antrag nicht mehr gestellt werden (vgl. ObLG. 31, 36; 32, 28; 34, 161, 165).

(OLG. München, Urt. v. 19. Juli 1938, 2 Ss 72/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

11. LG. — § 826 BGB.; PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936.

1. Die Bestimmung eines angemessenen Mietzinses durch die Preisbildungsstelle bei vertraglich ohne Anrufung der Preisbildungsstelle vereinbarter Mietzinssteigerung infolge Verbesserung des Grundstücks (Abschn. III Abs. 2 b der 1. AV. zur PreisstopVO. v. 30. Nov. 1936) hat im Gegensatz zu genehmigten Mietzinssteigerungen und -senkungen rückwirkende Kraft.

2. Unter Vorliegen ganz besonderer Umstände kann ein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. gegenüber rechtskräftigen Urteilen auch dann angenommen werden, wenn eine Partei von einem objektiv unrichtigen Urteil Gebrauch macht. — § 826 BGB. ist auch bei Anerkenntnisurteilen anwendbar. †)

Die Kl. hat in dem ihr gehörigen Grundstück der Bekl. Fabrikräume und Werkstatt wie besehen für die Zeit vom 1. Okt. 1937 bis zum 30. Sept. 1939 gegen einen monatlichen im voraus zahlbaren Mietzins von 200 *RM* vermietet.

Sie verlangt mit der Klage Zahlung rückständiger Miete für Oktober, November und Dezember 1937 in Höhe von insgesamt 404,10 *RM* nebst Zinsen sowie Räumung des Grundstücks wegen Mietrückstandes mit Wirkung vom 1. Febr. 1938.

Die Bekl. hat den Zahlungsanspruch anerkannt; insoweit ist Anerkenntnisurteil ergangen.

Durch weiteres Urteil ist die Bekl. zur Räumung des Mietgrundstücks verurteilt worden.

Gegen dieses Urteil hat die Bekl. Berufung eingelegt

Zur Begründung trägt sie vor, im Augenblick des für die PreisstopVO. maßgeblichen Stichtages habe die von dem Vermieter gezahlte Miete nur 60 *RM* betragen. Da aus diesem Grunde der Mietvertrag als nichtig anzusehen sei, könne nur die angemessene Miete gefordert werden.

Die Kl. trägt vor, es sei zwar richtig, daß nach dem Mietvertrag zwischen dem Veräußerer, von dem sie Ende 1936 das Grundstück erworben habe, und dem Vormieter eine Miete von 60 *RM* monatlich für das Grundstück vereinbart worden sei. Die Miete sei nur deshalb so gering festgesetzt worden, weil das ganze Grundstück verfallen gewesen sei. Nach der Übernahme habe sie mit erheblichen Mitteln das Grundstück in Ordnung gebracht.

Mit Entsch. v. 25. März 1938 hat die Preisbildungsstelle Hamburg auf Antrag der Bekl. einen Mietpreis von 1200 *RM* jährlich als volkswirtschaftlich gerechtfertigt festgesetzt. Auf Antrag der Kl. hat die Preisbildungsstelle durch die weitere Entsch. v. 13. März 1938 als Zeitpunkt des Inkrafttretens der Mietpreisfestsetzung den 1. März 1938 bestimmt; sie hat sich jedoch eine endgültige Entsch. vorbehalten.

Unter Berücksichtigung dieser Bescheide der Preisbildungsstelle verlangt die Bekl. im Wege der Widerklage Verrechnung aller von ihr bisher gezahlten Beträge auf die Miete.

I. In dem zwischen dem Rechtsvorgänger der Kl. und dem Vormieter abgeschlossenen Mietvertrag ist als Mietzins für die auch der Bekl. später vermieteten Räumlichkeiten auf dem Grundstück — allerdings einschließlich von zwei weiteren kleinen Schuppen — der Betrag von 60 *RM* festgesetzt worden. Dieser Betrag bleibt unter der von der Preisbildungsstelle festgesetzten angemessenen Miete von 100 *RM*, die vom erkennenden Gericht ebenfalls als zutreffend zugrunde gelegt wird, da keine Veranlassung besteht, von dem auf Grund eingehender Prüfung festgestellten Gutachten des Sachverständigen der Preisbildungsstelle abzuweichen. Demgegenüber beträgt der Mietzins unter den Parteien nach dem Vertrage vom 2. Sept. 1937 200 *RM*. Die Kl. hält diesen Mietzins trotz des vor Abschluß des Mietvertrages mit der Bekl. ergangenen Verbots von Preissteigerungen für gerechtfertigt. Sie erblickt den Grund für die Erhöhung gegenüber der Vormiete in den von ihr vorgenommenen erheblichen Verbesserungen des Grundstücks. Da auch die Bekl. zugibt, daß Verbesserungen vorgenommen worden sind, wenngleich sie deren Umfang, wie ihn die Kl. behauptet, bestreitet, so waren die Parteien in der Lage, ohne Anrufung der Preisbildungsstelle eine Steigerung über die am Stichtag geltende Miete hinaus vorzunehmen (vgl. Abschn. III Abs. 2 b der 1. AusfVO. zur PreisstopVO. v. 30. Nov. 1936). Allerdings konnte der Mietzins nicht willkürlich und beliebig gesteigert werden; vielmehr ist diese Steigerung nach der genannten Vorschrift nur insoweit zulässig, als sie den vom Vermieter vorgenommenen, den Mietwert der Räume erhöhenden Änderungen entspricht. Das bedeutet, daß zwischen der Mietzinssteigerung einerseits und den werterhöhenden Änderungen der Mieträumlichkeiten andererseits ein *entsprechendes* Verhältnis bestehen muß. Nur soweit dieses Verhältnis eingehalten wird, unterliegt mithin die Bestimmung des Mietzinses der freien Vereinbarung der Vertragsparteien. Die Entsch. darüber, ob die vertraglich bestimmte Miete nach den genannten Grundsätzen als angemessen anzusehen ist oder nicht, obliegt der Preisbildungsstelle, die von jeder Vertragspartei angerufen werden kann. Bei dieser Entsch. handelt es sich nicht um eine Mietzinssenkung im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr darum, ob die ohne Zustimmung der Preisbildungsstelle berechtigte Erhöhung des Mietzinses mit den Vorschriften der PreisstopVO. vereinbar ist. Daher ist in der Entsch. der Preisbildungsstelle Hamburg v. 25. März 1938, wodurch auf Grund des § 2 Ges. zur Durchführung des Vierjahresplanes — Bestellung eines Preiskommissars für die Preisbildung — v. 29. Okt. 1936 der vertraglich vereinbarte Mietpreis von 2400 *RM* jährlich durch den volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis von 1200 *RM* ersetzt wird, eine solche Feststellung zu erblicken, die darüber hinausgehend allerdings gleichzeitig die Bestimmung des angemessenen Mietzinses enthält. Diese Feststellung ist insofern von Wichtigkeit, als nach den Richtlinien des Reichskommissars über die Preisüberwachung und Preisbildung v. 12. Dez. 1937 (RdErl. Nr. 184/37 Abschnitt B IV Ziff. 70) als Zeitpunkt des Inkrafttretens der Mietzinsherabsetzung im allgemeinen der nächste Mietzahlungstermin zu bezeichnen ist, wenn es nicht mit Rücksicht auf die Verhältnisse der Billigkeit entspricht, daß statt dessen der erste auf die Antragstellung folgende Mietzahlungstermin zu wählen ist. Wenngleich diese Richtlinien des Reichskommissars für die Gerichte nicht bindend sind, so können sie doch bei der Auslegung der Vorschriften des Preisstoprechts verwertet werden; für den vorl. Sachverhalt sind sie jedoch deshalb von besonderer Bedeutung, als hier von der Entsch. der Preisbildungsstelle die — weiter unten behandelte — Frage abhängt, wieweit der Kl. daraus ein Vorwurf gemacht werden kann, daß sie an dem Räumungsurteil des AG. trotz der ergangenen Entsch. der Preisbildungsstelle festgehalten hat. Mit der Feststellung, daß es sich hier nicht um eine Mietzinsherabsetzung handelt, ist gleichzeitig die Frage der Rückwirkung der Entsch. geklärt. Wenn nämlich davon auszugehen ist, daß die Steigerung des Mietzinses den werterhöhenden Änderungen der Mieträume nicht entspricht, sondern ihnen gegenüber unverhältnismäßig groß ist, so kann es unmöglich rechtens sein, daß diese Feststellung erst mit dem Zeitpunkt der Entsch. oder doch einem nach der Antragstellung liegenden Zeitpunkt wirksam sein soll. Mit dem Sinn des Preisstoprechts läßt es sich in einem solchen Fall nur vereinbaren, daß die getroffene Feststellung von Anfang an das Vertragsverhältnis beeinflußt. Einerseits kann das Verhältnis zwischen werterhöhenden Änderungen und Mietzinssteigerung nur einheitlich bestimmt werden, andererseits widerspricht es der Billigkeit, einer Vertragspartei auch nur für eine Zeitlang den Vorteil aus einer unverhältnismäßigen und damit unberechtigten und unzulässigen Erhöhung der Miete zukommen zu lassen, da sonst der Verstoß gegen eine im Interesse der Volksgesamtheit erlassene Bestimmung obendrein belohnt werden würde. Aus diesen Gründen muß der Entsch. der Preisbildungsstelle, daß der den Verhältnissen angemessene Mietzins 100 *RM* monatlich beträgt, rückwirkende Kraft vom Beginn der Verpflichtung zur Mietzinszahlung an beigelegt werden. An dem Ergebnis kann auch der Bescheid der Preisbildungsstelle Hamburg v. 13. Mai 1938 nichts ändern, nach dem — allerdings nur vorläufig — die Mietpreisfestsetzung auf 1200 *RM* mit dem 1. März 1938 in Kraft tritt. Abgesehen davon, daß das Gericht an diese Auffassung der Preisbildungsstelle nicht gebunden ist, ist doch nach der Fassung des Bescheides, daß die Prüfung der Frage erst nach der Entsch. des erkennenden Gerichts in Aussicht genommen ist, anzunehmen, daß sich auch in diesem Punkt die Ansicht des Gerichts und der Preisbildungsstelle decken werden. Ebensowenig vermag der Hinweis der Kl. auf die Vorschrift des § 1 RMietG., wonach dem Verlangen, gesetzliche Miete fordern zu wollen, keine Rückwirkung beigelegt ist, die Entsch. zu beeinflussen. Es besteht insoweit höchstens eine ähnliche Lage wie bei einer vom Preiskommissar geforderten Herabsetzung der Stichtagmiete, die sich — wie oben im einzelnen dargelegt — von der Frage, ob der Umfang einer Mietzinssteigerung berechtigt ist oder nicht, grundlegend unterscheidet.

Mit dieser Feststellung, daß als Mietzins von Anfang an lediglich der Betrag von 100 *RM* monatlich in Betracht kommt, erledigt sich die von der Bekl. vertretene Ansicht, der Vertrag vom 2. Sept. 1937 sei wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB. nichtig, die im übrigen mit dem eigenen Antrag der Bekl., das auf Räumung des Grundstücks gehende Urteil des AG. aufzuheben, in keiner Weise vereinbart ist. Weiter bedarf es keiner Untersuchung, ob etwa der ganze Mietvertrag oder nur der über die zulässige Mietzinssteigerung hinausgehende Teil des Vertrages als von der Entsch. der Preisbildungsstelle abhängig anzusehen ist. Da die Kl. selbst nicht behauptet hat, bei einem Mietpreis von 100 *RM* monatlich die

Räumlichkeiten an die Bekl. nicht vermietet zu haben, ist die Frage für die Entsch. ohne Bedeutung.

II. Ist somit davon auszugehen, daß von Anfang an nur ein Mietzins von 100 *RM* monatlich gezahlt zu werden braucht, so bedarf es doch einer näheren Prüfung, welche Bedeutung dem dieser Entsch. entgegenstehenden Anerkenntnisurteil vom 7. Dez. 1937 und dem darauf gegründeten Urt. v. 28. Dez. 1937, wodurch die Bekl. zur Räumung des Grundstücks verurteilt worden ist, beizumessen ist. Durch das Anerkenntnisurteil ist die Bekl. zur Zahlung von 404,10 *RM* verurteilt worden. Die Urteilssumme bezieht sich in Höhe von 4,10 *RM* auf einen restlichen Rückstand für Oktober, in Höhe von je 200 *RM* auf die Miete für November und Dezember 1937. Wenngleich lediglich der im Tenor des Urteils enthaltene Ausspruch in Rechtskraft erwächst, so sind zur Klarstellung dieses Ausspruches doch die Urteilsgründe heranzuziehen, die insoweit an der Rechtskraft teilnehmen. Es ergibt sich mithin, daß durch das Anerkenntnisurteil rechtskräftig festgestellt worden ist, daß die Bekl. zur Zahlung einer monatlichen Miete von 200 *RM* jeweils für die Monate November und Dezember 1937 verpflichtet ist. Fußend auf das Anerkenntnisurteil spricht sodann das Urt. des AG. v. 28. Dez. 1937 aus, daß die Bekl. wegen dieses Rückstandes, der auch nicht innerhalb von zwei Wochen seit Fälligkeit beglichen worden ist (§§ 32a, 52 MietSchG.), das Grundstück zu räumen hat.

Unter Berücksichtigung der nunmehr vorhandenen Sachlage ergibt sich jedoch, daß die Voraussetzungen für den Anspruch der Kl., von der Bekl. Räumung des Grundstücks fordern zu können, überhaupt nicht vorgelegen haben. Unstreitig hat nämlich die Bekl. im September 200 *RM* und im Oktober 145,90 *RM* an die Kl. gezahlt. Sie hat ferner seit Mitte September wegen der an die Kl. erfolgten Auszahlung des von der Bekl. bereitgestellten Depots für die Gaswerke ein Guthaben bei der Kl. in Höhe von 76,07 *RM* besessen. Mit diesen Beträgen ist aber die unter Zugrundelegung eines Betrages von monatlich 100 *RM* für vier Monate geschuldete Miete von insgesamt 400 *RM* ausgeglichen. Es erhebt sich daher die Frage, ob trotz der formell bestehenden Unanfechtbarkeit des Anerkenntnisurteils die Kl., gestützt auf das Urt. des AG. v. 28. Dez. 1937, die Räumung des Grundstücks von der Bekl. fordern kann, oder ob in einem solchen Verlangen ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, der die Geltendmachung des Räumungsanspruchs wegen Verstoßes gegen § 826 BGB. ausschließt. Daß ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. auch gegenüber rechtskräftigen Urteilen erhoben werden kann, entspricht der ständigen Rspr. Dagegen ist der Umfang der Anwendbarkeit des § 826 BGB., mithin die Frage, inwieweit in dem Gebrauchmachen von einem rechtskräftigen unrichtigen Urteil ein Verstoß gegen die guten Sitten bedeutet, nicht unstreitig. Unter Abgehen von seiner früheren Rspr., wonach ein Verstoß gegen § 826 BGB. nur dann vorliegt, wenn eine Partei auf unerlaubtem Wege ein ihr günstiges Urteil erschlichen hat, erachtet das RG. nach seiner jüngsten Rspr. (RGZ. 155, 55 = JW. 1937, 2223[44] m. Anm.; RGZ. 156, 268 = JW. 1938, 513[24] m. Anm.) eine Schadensersatzklage aus § 826 BGB. auch dann für gegeben, wenn der obsiegende Teil vor der Fällung des Urteils bereits dem Gericht oder auch dem Gegner gegenüber eine Handlung vorgenommen hat, welche die richtige Entsch. verhindern sollte. Denn wer auf solche Weise während des Rechtsstreits versucht hat, die Entsch. wider besseres Wissen zu seinen eigenen Gunsten zu beeinflussen, muß es sich gefallen lassen, daß ihm diese Handlung zugerechnet wird, wenn er von dem unrichtigen Urteil Gebrauch machen will. In einem solchen Falle verstößt er gegen die guten Sitten, wenn er sich auf das Urteil stützt. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte läßt sich allerdings hier noch kein Verstoß der Kl. gegen die guten Sitten nachweisen. Es wäre zwar denkbar, daß die Kl. selbst bei Einreichung der Klage davon ausgegangen wäre, daß ihr der vertraglich vereinbarte Mietzins wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen der PreisstopVO. auf keinen Fall zustehe. Eine solche Behauptung hat aber die Bekl. nicht aufgestellt, geschweige denn dafür Beweis angetreten. Im Gegenteil ist die Kl. stets davon ausgegangen, daß ihr wegen der bedeutenden werterhöhenden Änderungen der Mietsache die vereinbarte Miete vollen Umfangs zustehe. Es fragt sich daher, ob unter Erweiterung der höchstrichterlichen Rspr. ein Verstoß gegen die guten Sitten bei Vorliegen besonderer Umstände auch darin erblickt werden kann, daß eine Partei von einem objektiv unrichtigen Urteil Gebrauch macht, bei dem sie aber in keiner Weise versucht hat, durch ihr eigenes Handeln wider besseres Wissen die Entsch. zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Ohne auf diese Frage grundsätzlich eingehen zu brauchen, kann nach der Auffassung des erkennenden Gerichts bei dem vorl. Sachverhalt ausnahmsweise allein in dem Gebrauchmachen des Urteils durch die Kl. ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden, der dann anzunehmen ist, wenn die Handlung nach nationalsozialistischer Weltanschauung mit den Bedürfnissen und Erfordernissen der heutigen deutschen Wirtschaft nicht zu vereinen ist. Hier liegt der Verstoß darin, daß die Kl. trotz der eindeutigen Entsch. der Preisbildungsstelle über die angemessene Höhe der Miete weiter auf der Räumung des Grundstücks durch die Bekl. beharrt. Soll die mit der Durchführung des Vierjahresplanes, die eine der Lebensinteressen des Deutschen Volkes darstellt, eng verbundene PreisstopVO. ihre Bedeutung vollen Umfangs entfalten können, so ist dazu die Mitwirkung eines jeden Volksgenossen erforderlich. Es kann auf keinen Fall geduldet werden — und dabei mitzuwirken ist auch Aufgabe der Gerichte —, daß ein einzelner sich durch die Verfolgung eigener Interessen den Belangen der Allgemeinheit widersetzt. Es ist die Aufgabe des von dem Beauftragten für den Vierjahresplan eingesetzten Reichskommissars für die Preisbildung und der ihm unterstellten Behörden, darüber zu wachen, daß die persönlichen Interessen des Einzelnen insoweit mit denen der Allgemeinheit im Einklang stehen. Insbes. gilt dies für sie in bezug auf die Preisgestaltung. Mag auch die Aufstellung eines festen Preisschemas, wie es in der Beibehaltung der Stichtagpreise zu erblicken ist, im Einzelfall zu Härten führen, deren gröbste im übrigen durch Ausnahmebewilligung der Preisbildungsstelle ausgeglichen werden können, so müssen diese im Interesse der Stabilität der Lebensverhältnisse überhaupt in Kauf genommen werden. Deshalb darf auch ein Einzelner bei der Bemessung und Durchsetzung seiner Forderungen die ihm durch die PreisstopVO. gesetzten Schranken nicht übersteigen, selbst wenn ihm ein formales Recht zur Seite steht. Die Berufung auf die formale Rechtsmacht muß dort scheitern, wo die materielle Rechtslage eine Formalentscheidung nicht zuläßt; insoweit kann auch die Rechtskraft eines Urteils entscheidend nicht berücksichtigt werden. Auch die mit dieser Auffassung verbundene Durchlöcherung der Rechtskraftwirkung der Urteile läßt sich mit Rücksicht auf das allgemeine Wohl und die Allgemeininteressen rechtfertigen. Eine ähnliche Stellungnahme hat das RG. in der bereits erwähnten Entsch. RGZ. 156, 270 = JW. 1938, 513[24] m. Anm. andeutungsweise zum Ausdruck gebracht, wenn es ausführt, eine solche Beeinträchtigung der Rechtskraftwirkung müßte vielleicht hingenommen werden, um der wirklichen Rechtslage zum Siege zu verhelfen. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen ist daher das weitere Festhalten der Kl. an dem Räumungsurteil des AG. v. 28. Dez. 1937 als Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. anzusehen. Dessen Anwendbarkeit steht hier auch nicht entgegen, daß es sich gemeinhin um Fälle handelt, in denen gegenüber rechtskräftigen Urteilen Stellung genommen wird. Es ist also nicht erforderlich, daß die Bekl. erst die Rechtskraft des Urteils abzuwarten hätte, um mit ihren Einwendungen durchdringen zu können; vielmehr ist die Geltendmachung des Einwands mit jedem nach der Prozeßlage möglichen Rechtsbehelf, also auch durch Berufung, zulässig. Daraus folgt, daß der auf das Anerkenntnisurteil gegründete Räumungsanspruch trotz der Rechtskraft jenes Urteils nicht durchgesetzt werden kann, die Kl. vielmehr mit ihrem Anspruch abzuweisen ist.

Das gleiche hat für das Anerkenntnisurteil zu gelten, obschon die Rechtslage insoweit etwas anders gelagert ist. Allerdings will die Bekl. ihre Rechte in erster Linie aus einer Anfechtung des Anerkenntnisses herleiten. Die Ansichten darüber, ob ein gemäß § 307 ZPO. vor Gericht abgegebenes Anerkenntnis angefochten werden kann, sind geteilt. Einerseits wird das Anerkenntnis als rein prozessuale Handlung angesehen, das einer Anfechtung wegen Irrtums nicht unterliegt, anderseits wird es als ein Rechtsgeschäft mit bürgerlich-rechtlich und verfahrensrechtlich gemischtem Tatbestand aufgefaßt. Zu dieser Frage braucht im einzelnen jedoch nicht Stellung genommen zu werden, da zum mindesten die Voraussetzungen für eine Anfechtung nicht gegeben sind. Einerseits hat die Bekl. den Beweis, daß sie von der Kl. arglistig getäuscht worden sei, nicht führen können, andererseits hat sie sich über den Inhalt der Erklärung, die mit den vertraglichen Vereinbarungen übereinstimmte, nicht im Irrtum befunden und die Erklärung auch tatsächlich abgeben wollen. Sie ist vielmehr bei Abgabe der Erklärung nur darüber in Unkenntnis gewesen, daß ihr Vormieter für dieselben Räumlichkeiten an dem für die Frage der Preissteigerung maßgeblichen Stichtag eine geringere Miete gezahlt hat. Es handelt sich daher nicht um einen i. S. des § 119 BGB. beachtlichen Irrtum, sondern nur um einen unbeachtlichen Irrtum im Beweggrund, der eine Anfechtung nicht zuläßt. Ebensowenig kann das Anerkenntnis aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Wenngleich die in dem Anerkenntnis enthaltene Verpflichtung, für die Monate November und Dezember 1937 jeweils eine monatliche Miete von 200 *RM* zu zahlen, wegen der rückwirkenden Kraft der Entsch. des Preiskommissars ohne rechtlichen Grund abgegeben worden ist, so ist doch nach allgemein anerkannter Auffassung nur ein vertragsmäßiges, nicht

auch ein gerichtliches Anerkenntnis den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung unterworfen (RGZ. 156, 74 = JW. 1938, 391; Jonas, Anm. V zu § 307 ZPO.). Wohl aber ist aus den oben dargelegten Gründen in der Verwertung des Anerkenntnisurteils ein mit den das heutige Wirtschaftsrecht beherrschenden Grundsätzen der PreisstopVO. unvereinbarer Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken. Das bedeutet, daß auch gegenüber dem Anerkenntnisurteil der Einwand unzulässiger Zwangsvollstreckung aus § 826 BGB. erhoben werden kann. Damit bleibt zwar das rechtskräftige Urteil als solches bestehen; es wird nur in seinen Wirkungen dadurch abgeschwächt, daß der Kl. die unerlaubte Ausnutzung des Urteils aus materiellen Gründen verwehrt wird. Nun kommt zwar eine weitere Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnisurteil hier nicht mehr in Betracht, weil die darin ausgesprochene Verpflichtung der Bekl., außer dem Rest für Oktober die Monatsmiete von 200 *RM* für November und Dezember 1937 zu zahlen, inzwischen erfüllt worden ist. Wohl aber hat die Bekl. die Möglichkeit, auch die auf das Urteil verrechneten Beträge aus ungerechtfertigter Bereicherung der Kl. zurückzufordern. Wenn auch grundsätzlich gegenüber rechtskräftigen Urteilen nicht der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben werden kann, so ist doch ausnahmsweise in dem Falle, wo die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. unzulässig ist, ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben. Es besteht in einem solchen Falle keine Veranlassung, bei einem noch nicht vollstreckten Urteil die weitere Zwangsvollstreckung zu verwehren, dagegen bei einem bereits erfüllten Urteilsanspruch es bei der gegebenen Sachlage bewenden zu lassen. Wollte man diese Unterscheidung machen, so würde es rein zufällig sein, ob der allein der materiellen Rechtslage entsprechende Zustand wiederhergestellt werden kann oder nicht. Da diese vom Zufall abhängende Entsch. nicht rechtens sein kann, ist der Bekl. der Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Beträge aus ungerechtfertigter Bereicherung vollen Umfangs zuzubilligen.

(LG. Hamburg, Urt. v. 24. Mai 1938, 7 S 21/38.)

Anmerkung: Das Urteil, dem im Ergebnis beigestimmt ist, gibt in seiner Begründung zu einigen Bedenken Anlaß.

1. Das LG. hat offenbar die rechtliche Bedeutung der Entsch. der Preisbildungsstelle verkannt. Zwar trifft es die Feststellung, daß es sich bei der Entsch. nicht um eine Mietzinsherabsetzung handelt, andererseits geht es davon aus, daß die Entsch. der Preisbildungsstelle auf Grund des § 2 PreisbildungsG. erfolgt sei, und daß in der Entsch. gleichzeitig die Bestimmung des angemessenen Mietzinses enthalten sei. Tatsächlich handelt es sich bei der Entsch. der Preisbildungsstelle um eine Ausnahmegenehmigung nach § 3 PreisstopVO.

Die Parteien durften nach Abschn. III Abs. 2 Ziff. b der damals geltenden VO. v. 30. Nov. 1936 (RGBl. I, 956) die Miete nur soweit über die am Stichtage gezahlten 60 *RM* hinaus steigern, als der Mietwert durch die nachträglichen Verbesserungen erhöht worden war. Eine weitergehende Steigerung war nur mit einer Ausnahmegenehmigung der Preisbildungsstelle nach § 3 VO. v. 26. Nov. 1936 zulässig. Durch ihren Bescheid hat die Preisbildungsstelle eine Mietsteigerung von 60 *RM* auf 100 *RM* nach Abschnitt III Abs. 2 Ziff. b VO. v. 30. Nov. 1936 für berechtigt erklärt und gleichzeitig eine Ausnahmegenehmigung für die weitergehende Erhöhung abgelehnt. Damit hat die Preisbildungsstelle keine Maßnahme nach § 2 Ges. v. 29. Okt. 1936 (RGBl. I, 927) getroffen, wie das LG. unzutreffend annimmt. Eine Preissenkung auf Grund dieser Bestimmung konnte schon deshalb nicht erfolgen, weil die Vereinbarung des über 100 *RM* monatlich hinausgehenden Mietzinses nach § 1 VO. v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) i. Verb. m. Abschnitt III Abs. 2 Ziff. b VO. v. 30. Nov. 1936 verboten und damit nach § 134 BGB. nichtig war. Vielmehr liegt hier ein Entscheid nach § 3 VO. v. 26. Nov. 1936 vor, durch den die Preisbildungsstelle den zwischen den Parteien bestehenden Streit über die Gültigkeit ihres Vertrages beseitigt hat.

Diese Entsch. hätte nach der 1. AusfVO. zur PreisstopVO. das MEA. treffen müssen. Nach Aufhebung dieser Verordnung war gemäß § 63 RdErl. Nr. 184/37 die Preisbildungsstelle berechtigt, darüber zu entscheiden.

Die Preisbildungsstelle hat dadurch, daß sie die Wirkung ihrer Entsch. auf die Zeit nach dem 1. März 1938 beschränkt hat, Veranlassung zu Zweifeln gegeben, was für die zurückliegende Zeit rechtens sein sollte. Die Bedeutung dieser Maßnahme bestand für das Gericht darin, daß es von sich aus die Angemessenheit der vorher gezahlten Miete nachprüfen durfte und nachprüfen mußte. Die Preisbildungsstelle hat es für die Zeit vor dem 1. März 1938 keineswegs bei der Miete von 200 *RM* monatlich belassen oder gar dem Vermieter eine Ausnahmegenehmigung erteilen wollen, sie hat vielmehr für diese Zeit keine Feststellung getroffen und dem Gericht somit freie Hand gelassen. Es hätte daher der eingehenden Ausführungen über die Rückwirkung des Entscheids der Preisbildungsstelle nicht bedurft, vielmehr hätte das Gericht unter Würdigung aller Verhältnisse zum gleichen Ergebnis kommen können durch die Feststellung, daß der Mietzins für die frühere Zeit ebenfalls unangemessen hoch war.

2. Soweit das Gericht weiter Ausführungen macht, durch die das Anerkenntnisurteil aus der Welt geschafft wird, würde dies den beizutreten sein. Würde das Gericht festgestellt haben, daß der Vermieter die Mieterhöhung von vornherein für unberechtigt angesehen hat, so würden die in der jüngsten reichsgerichtlichen Rspr. entwickelten Grundsätze genügt haben, um das Anerkenntnisurteil zu beseitigen. Daß das Gericht zu einer solchen Annahme nicht gekommen ist, ist Tatfrage und muß deshalb als feststehend hingenommen werden. Den aus dieser Feststellung weiter gezogenen Folgerungen dürfte vom Standpunkt nationalsozialistischer Weltanschauung zuzustimmen sein. Das Gericht führt zutreffend aus, daß es Sache des Reichskommissars für die Preisbildung und der ihm unterstellten Behörden ist, darüber zu wachen, daß die persönlichen Interessen des Einzelnen mit denen der Allgemeinheit in Einklang stehen. Der Einzelne darf deshalb die ihm durch die PreisstopVO. gesetzten Schranken nicht durchbrechen, selbst wenn ihm ein formales Recht zur Seite steht.

3. Das Urteil gibt indessen noch zu folgender Erörterung Anlaß. Das LG. schreibt in seinen Gründen einmal, es sei an die Richtlinien des Reichskommissars für die Preisbildung — gemeint ist der RdErl. Nr. 184/37 — nicht gebunden, an anderer Stelle heißt es, das Gericht sei an die Auffassung der Preisbildungsstelle nicht gebunden. Diese beiden Feststellungen unterliegen erheblichen Bedenken. Gemäß § 6 PreisbildungsG. vom 29. Okt. 1936 sind die auf Grund dieses Gesetzes ergehenden Anordnungen für die Verwaltungsbehörden und Gerichte bindend. Zu derartigen Anordnungen gehören nicht nur Verordnungen, sondern auch alle Erlasse oder sonstigen Einzelentscheide der Preisbehörden. Diese sind der Nachprüfbarkeit durch die Gerichte entzogen. Der RdErl. Nr. 184/37 ist zwar nicht selbst Gesetz, bedeutet vielmehr lediglich eine Anordnung an die Preisbehörden, damit ist er aber eine Anordnung i. S. des § 6 PreisbildungsG. Das ist auch vom RG. in seiner Entsch. v. 24. März 1938 (JW. 1938, 1396) anerkannt. Es heißt dort, daß zwar der Erlaß des Reichskommissars für die Preisbildung nicht selbst Gesetzeskraft hat, aber als eine authentische Auslegung anzusehen sei. Das Gericht ist also im Gegensatz zur Feststellung des LG. an die Richtlinien des Reichskommissars für die Preisbildung gebunden. Ebenso sind die Entsch. der Preisbehörden für die Gerichte bindend, wie auch die Preisbehörden an rechtskräftige Entscheide der Gerichte gebunden sind. Es ist zu erwarten, daß diese Fragen, die für eine einheitliche Rspr. von großer Wichtigkeit sind, durch einen gemeinschaftlichen Erlaß des RJM. und des Reichskommissars für die Preisbildung klargestellt werden.

LGDir. Dr. Römer, Berlin.

*

12. KG. — §§ 881, 1179 BGB. Ein Rangvorbehalt kann inhaltlich in der Weise beschränkt werden, daß nur eine Hypothek mit dem Vorrang eingetragen werden darf, bei welcher zugleich eine Löschungsvormerkung zugunsten des zurücktretenden Rechtes für den Fall der Vereinigung des vorbehaltenen Rechtes mit dem Eigentum eingetragen wird.

In notarieller Verhandlung v. 22. März 1938 bekannte der Antragsteller, von Frau Helene P. ein Darlehn von 2000 GM. erhalten zu haben. Er bestellte hierfür in dieser Urkunde an seinem Grundstück eine Hypothek; ferner erklärte er, er behalte sich das Recht vor, mit dem Range vor dieser Hypothek von 2000 GM. nebst Zinsen und Nebenleistungen eine oder mehrere Hypotheken bis zum Gesamtbetrage von 4000 GM. oder *RM* nebst 5 % Zinsen und 2 % Nebenleistungen eintragen zu lassen. Die der Hypothek seiner Gläubigerin P. im Range vorgehenden Hypotheken seien zu löschen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigten. Schließlich erklärte er in der Urkunde noch, daß er die Eintragung der Hypothek, des Rangvorbehaltes und der Löschungsvormerkung in das Grundbuch bewillige und beantrage. Das AG. beanstandete durch Zwischenverfügung unter Fristsetzung, daß die Löschungsvormerkung nur bei einer schon gebuchten Hypothek eingetragen werden könne. Hiergegen legte der Antragsteller Beschw. ein, die vom LG. zurückgewiesen wurde. Die weitere Beschw. hiergegen ist begründet.

Das LG. geht in Übereinstimmung mit dem GBA. zutreffend davon aus, daß eine Löschungsvormerkung i. S. des § 1179 BGB. nur eingetragen werden kann, wenn die Hypothek, um deren Löschung es sich handelt, bereits eingetragen ist. Daß ein Anspruch auf Löschung gegen den Eigentümer durch Vormerkung gesichert werden kann, obwohl dem Eigentümer noch kein Recht an der

Hypothek zusteht, ist eine Ausnahmebestimmung, die nicht auf einen Fall ausgedehnt werden darf, in welchem die Hypothek überhaupt noch nicht eingetragen ist (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., zu § 1179 BGB.; KGJ. 23 A, 154).

Die Begründung eines bedingten Rangvorbehaltes wird in Rspr. und Schrifttum anerkannt (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., zu § 881 BGB.; RG.: JW. 1933, 605; HöchstRRspr. 1933, 1645; Güthe-Triebel, „GBO.", § 45, Anm. 19; JFG. 8, 305). Es ist rechtlich möglich, daß die zur materiellen Entstehung des Rechtes erforderliche Einigung zwischen einem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer dahin erfolgt, daß der der künftig einzutragenden Hypothek eingeräumte Vorrang dadurch auflösend bedingt sein soll, daß diese Hypothek auf den Eigentümer übergeht. Die zur Eintragung im Grundbuche ausreichende Bewilligung des Eigentümers müßte dann diese Einräumung eines bedingten Vorranges erkennen lassen. Bei Eintritt der Bedingung, nämlich dem Übergang der Hypothek auf den Eigentümer, würde dann der Vorrang dieser Hypothek vor der der anderen Gläubigerin in Wegfall kommen; ferner wäre für diese Auslegung wesentlich, daß, wie aus der Bewilligung einer gleichzeitig mit dem vorbehaltenen Recht bei diesem einzutragenden Löschungsvormerkung hervorgeht, der Rangvorbehalt entgegen der sonstigen rechtlichen Auffassung nur einmal ausübbar wäre, d. h. durch die einmalige Ausübung erlöschen müßte.

Außer einem im vorstehenden Sinne bedingten Rangvorbehalt ist aber die Möglichkeit eines Rangvorbehaltes anzuerkennen, der inhaltlich in der Weise eingeschränkt ist, daß nur eine Hypothek mit dem Vorrang eingetragen werden darf, bei welcher zugleich eine Löschungsvormerkung zugunsten des zurücktretenden Rechtes für den Fall der Vereinigung des vorbehaltenen Rechtes mit dem Eigentum eingetragen wird.

Diese beiden rechtlichen Möglichkeiten der Auslegung des Parteiwillens hat das LG. nicht beachtet. Wegen dieses Verstoßes war das Gericht der weiteren Beschw. in der Lage, ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des BeschwG. die Urk. v. 22. März 1938 selbst auszulegen.

Diese Prüfung führt zur Annahme der zuletzt erörterten rechtlichen Möglichkeit. Gegen die Annahme des Vorbehaltes eines bedingten Ranges im oben entwickelten Sinne spricht die Erklärung des Antragstellers, die vorgehenden Hypotheken seien zu löschen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen; denn diese Erklärung besagt gerade, daß weder die vorgehende Hypothek selbst noch der Vorrang dieser Hypothek ohne weiteres kraft auflösender Bedingung erlöschen soll.

Dagegen bestehen keine Bedenken, einen inhaltlich beschränkten Rangvorbehalt im oben entwickelten Sinne anzunehmen. Die Erklärungen in der Urkunde, die vorgehenden Hypotheken seien zu löschen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, die Bewilligung und die Beantragung der Eintragung des Rangvorbehaltes und zugleich der Löschungsvormerkung können zwanglos dahin aufgefaßt werden, daß bei der Eintragung des Rangvorbehaltes beim Rechte der Frau P. der Inhalt des künftig einzutragenden Vorrechtes dahin umgrenzt wird, daß nur eine Hypothek eingetragen werden darf, bei welcher zugleich eine Löschungsvormerkung des bezeichneten Inhaltes eingetragen wird. Die Eintragung wird demnach zu lauten haben:

„Vorbehalten ist der Vorrang für eine später einzutragende Hypothek oder mehrere Hypotheken bis zum Gesamtbetrage von 4000 GM. oder *RM* nebst 5 % Zinsen und 2 % Nebenleistungen, mit der Maßgabe, daß zugleich bei der Hypothek oder bei den Hypotheken eine Löschungsvormerkung zugunsten des Gläubigers der Hypothek Nr. .... eingetragen wird für den Fall, daß sich diese Hypotheken mit dem Eigentum in einer Person vereinigen."

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1938, 1 Wx 270/38.)
[H.]

*

13. RG. — § 1333 BGB. Auch die Abstammung von nur einem jüdischen Großelternteil kann die Eheanfechtung rechtfertigen.

Die Eheanfechtung hat das BG. u. a. deshalb abgewiesen, weil es überzeugt ist, daß der Kl., da die Bekl. von ihm geschwängert war, sie auch dann geheiratet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß eine Großmutter von ihr Jüdin war, und er den Wandel der Anschauungen über die Bedeutung der Rassezugehörigkeit und ihre für ihn etwa in Betracht kommenden Folgewirkungen vorausgesehen hätte. Diese Erwägung liegt auf dem der Nachprüfung des RevG. entzogenen Gebiet der Tatsachenfeststellung und ist rechtlich bedenkenfrei. Sie trägt auch allein schon die Entscheidung. Auf die weiteren, selbständigen Erwägungsgründe braucht deshalb nicht eingegangen zu werden. Nicht gebilligt werden kann freilich die Meinung des BG., die Abstammung von bloß einem jüdischen Großelternteil könne die Anfechtung einer vor zwanzig Jahren geschlossenen Ehe überhaupt nicht rechtfertigen, weil solche Personen durch die 1. AusfBO. zum BlutschutzG. den rein Deutschblütigen gleichgestellt worden seien. Wenn das Gesetz Heiraten zwischen solchen Personen und Deutschblütigen nicht verbietet, so folgt daraus doch nicht, daß sie vom Rassenstandpunkt aus unbedenklich wären, und erst recht nicht, daß kein Deutschblütiger sich durch einen solchen Bruchteil jüdischer Erbmasse von einer Heirat abhalten lassen könnte. Es liegt aber kein Grund vor, anzunehmen, daß das BG. sich von dieser irrigen Auffassung bei der zu Anfang bezeichneten, allein schon hinreichenden Erwägung hätte beeinflussen lassen. Denn wenn das Gesetz selbst die Bedenken, die solchen Heiraten entgegenstehen, nicht für groß genug erachtet hat, um sie schlechthin zu verbieten, so können sie auch bei einem von der nationalsozialistischen Erkenntnis der Bedeutung des Rassenunterschieds voll durchdrungenen Deutschblütigen durch die Rücksicht auf Mutter und Kind bei erfolgter Schwängerung zurückgedrängt werden. Das BG. hat auch keineswegs die Beamteneigenschaft des Kl. unberücksichtigt gelassen. Es hat aber richtig nicht darauf abgestellt, ob der Kl. deswegen heute die Ehe mit der Bekl. nicht eingehen würde, sondern darauf, ob er davon bei Kenntnis der nicht rein deutschblütigen Abstammung der Bekl. und bei rechter Einsicht in die Bedeutung dieser Eigenschaft für eine Heirat mit ihr am 24. Okt. 1919 und unter den damaligen Verhältnissen davon Abstand genommen hätte. Die Rev. kann demnach keinen Erfolg haben.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 2. Mai 1938, IV 20/38.)

*

14. KG. — §§ 2066, 2067 BGB. Die §§ 2066, 2067 BGB. geben Auslegungsregeln nur für bestimmte Bezeichnungen der mit Zuwendungen bedachten Personen und sind deshalb, sei es auch nur in Ansehung des Verhältnisses ihrer Beteiligung, nicht anwendbar, wenn die nach den Auslegungsregeln in Betracht kommenden Personen im Testament mit Namen bezeichnet worden sind.

Die am 16. März 1938 als Witwe verstorbene Frau Margarete P. hat in einem eigenhändig errichteten Testament vom 5. Aug. 1934 folgendes bestimmt:

„Zu Erben meines dereinstigen Nachlasses setze ich hiermit ein: 1. meinen Bruder Hermann P., 2. meine Schwester Frau Marie P. mit der Maßgabe, daß, falls diese vor mir sterben sollten, zu erstens dessen Ehegattin, Frau Grete P. und zu zweitens die Tochter meiner Schwester, Frau Ingeborg S., gleichzeitig als Erben eintreten."

Mit dem zum Erben eingesetzten Bruder hatte die Erblasserin beide Elternteile, mit der eingesetzten Schwester dagegen nur die Mutter gemeinsam. Die Genannten sind zugleich ihre alleinigen gesetzlichen Erben. Auf den Antrag des Hermann P. erteilte das Nachlaßgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein dahin, daß der Antragsteller zu 3/4 und die Frau P. zu 1/4 Erben geworden seien. Auf eine Beschw. ordnete jedoch das LG. die Einziehung an, die bisher noch nicht durchgeführt worden ist. Eine hiergegen eingelegte weitere Beschw. des Hermann P. kann keinen Erfolg haben.

Das LG. hat bei der Feststellung des Inhaltes des Testamentes v. 5. Aug. 1934 mit Recht den § 2091 BGB. angewendet. Die Voraussetzung dieser Vorschrift, daß „mehrere Erben eingesetzt sind, ohne daß über deren Erbteile etwas bestimmt ist", konnte in Ermangelung von irgendwelchen aus dem Testament selbst zu gewinnenden Anhaltspunkten für eine auch nur stillschweigende Bestimmung ohne weiteres als gegeben angesehen werden. Dann sind aber nach der Vorschrift des Gesetzes die mehreren Erben zu gleichen Teilen eingesetzt, soweit nicht aus den §§ 2066—2069 BGB. sich ein anderes ergibt. Daß das LG. die Anwendbarkeit der letzteren Vorschriften im vorl. Fall verneint hat, ist rechtlich zu billigen. Die in Betracht kommenden §§ 2066 und 2067 betreffen die Fälle, daß der Erblasser „seine gesetzlichen Erben" oder „seine Verwandten" oder „seine nächsten Verwandten", und zwar „ohne nähere Bestimmung" bedacht hat, was im Zweifel dahin verstanden werden soll, daß diejenigen, welche zur Zeit des Erbfalls die gesetzlichen Erben sein würden, als nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht anzusehen sind. Das Gesetz gibt damit lediglich Regeln für die Auslegung bestimmter vom Erblasser gewählter Ausdrücke, denen allerdings gleichwertige Ausdrücke wie „Intestaterben" oder schlechthin „Erben" gleichzusetzen sind. Hingegen wird nicht etwa der Fall betroffen, daß der Erblasser dem

Namen nach bestimmte Personen bedacht hat und diese Personen tatsächlich dieselben sind, die bei seinem Tode allein als seine gesetzlichen Erben in Betracht gekommen wären. Die Unmöglichkeit einer solchen Gesetzesauslegung ergibt sich schon daraus, daß hierbei die Aufstellung der gesetzlichen Regel, soweit sie sich auf die Personen der Bedachten beziehen, zwecklos gewesen wäre. Es kommt hinzu, daß die in den anschließenden §§ 2067, 2068, 2070 BGB. gegebenen ähnlichen Auslegungsregeln nur ebenfalls gerade auf die „Verwandten", die „Kinder" und die „Abkömmlinge eines Dritten" bezogen werden können, insofern es keinen Sinn geben würde, wenn man sie auch bei namentlicher Bezeichnung der zu diesen Gruppen gehörigen Personen anwenden wollte. Der von dem BeschwF. unternommene Versuch, das Gegenteil aus dem § 2091 BGB. zu folgern, geht fehl. Diese Vorschrift betrifft keineswegs nur den Fall, daß die mehreren eingesetzten Erben mit ihrem Namen bezeichnet worden sind. Für eine solche Einschränkung fehlt jede Grundlage. Auch wenn die Personen der eingesetzten Erben sich nach anderen Merkmalen bestimmen sollen, etwa im Falle des § 2070 BGB., ist § 2091 BGB. nach seinem Wortlaut und nach seinem Zwecke anwendbar. Aus dem im § 2091 enthaltenen Hinweise auf § 2066 BGB. läßt sich deshalb nicht folgern, daß die letztere Vorschrift auch bei namentlicher Bezeinung der als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen gelten müsse. Demgemäß wird die dem angefochtenen Beschlusse zugrunde liegende Rechtsansicht in der Rspr. und im Schrifttum auch allgemein geteilt (Recht 1910 Nr. 1989; OLG. 40, 128 und die Erläuterungsbücher zum BGB., § 2066: RGRKomm. Anm. 1 Planck Anm. 1).

Daneben kommt allerdings weiter in Frage, ob die mit dem Ausdrucke „gesetzliche Erben" bezeichneten Personen „ohne nähere Bestimmung" bedacht sind, und es kann hierzu auch das Fehlen einer Bestimmung über die Höhe der Erbteile gehören (so die vom BeschwF. herangezogene Stelle im RGRKomm. Anm. 1). Erste und unerläßliche Voraussetzung für die Anwendung des § 2066 BGB. bleibt aber immer, daß das Testament den Ausdruck „gesetzliche Erben" oder einen gleichwertigen Ausdruck enthält. Bezeichnet es statt dessen die gesetzlichen Erben mit Namen, so kann auch das Fehlen einer Bestimmung über die Höhe der Anteile die Geltung der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2066 nicht begründen.

Damit ist die Frage, wie die beiden Erben nach dem Testament v. 5. Aug. 1934 sich in den Nachlaß zu teilen haben, im Sinne einer Gleichteilung entschieden.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Juli 1938, 1 Wx 283/38.) [H.]

*

15. LG. — §§ 2208, 2209 BGB. Die Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers wird durch die Herausgabe der nicht mehr benötigten Nachlaßsachen nicht beschränkt. Im Testamentsvollstreckerzeugnis kann nicht vermerkt werden, daß ein Teil der Aufgaben erledigt ist, und nur noch bestimmte letztwillige Anordnungen zu vollziehen sind.

Der Erblasser setzte drei seiner Geschwister zu seinen Erben, ihre Kinder sowie einen weiteren Bruder zu seinen Nacherben und dessen Abkömmlinge zu seinen Ersatznacherben ein. Er ordnete eine Reihe von Auflagen an, und ernannte einen Testamentsvollstrecker. Durch Erbteilsübertragungen und Tod sind sämtliche Vorerbschaften erledigt. Ein Teil der Auflage ist erfüllt; es sind nur noch wenige in der Form lebenslänglicher Renten zu vollziehen. Nachdem der erste Testamentsvollstrecker gestorben war, beantragte der zweite ein Zeugnis mit dem Vermerk, daß seine Aufgaben nur noch im Vollzug bestimmter letztwillig angeordneter Auflagen bestehen. Das Nachlaßgericht wies diesen Antrag zurück. Die Beschwerde des Testamentsvollstreckers war ergebnislos.

I. Im Testamentsvollstreckerzeugnis ist anzugeben, ob der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses oder in der Eingehung von Verbindlichkeiten für ihn beschränkt ist. Letztere Möglichkeit scheidet hier aus. Soweit die Rechtsprechung und das Schrifttum über den Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses dem Gericht bekannt wurden, wurde bei der Erörterung der vorliegenden Frage stets davon ausgegangen, daß es sich bei dem im Zeugnis aufzuführenden Beschränkungen des Testamentsvollstreckers nur um letztwillig angeordnete handelt. Die Frage, ob infolge der Erledigung eines Teiles seiner Aufgaben eine Beschränkung im Umfang seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht eingetreten und dies im Zeugnis zu vermerken ist, wurde in den bekanntgewordenen Entsch. und im Schrifttum nicht ausdrücklich erörtert. Nur in einer Entsch. berührt das KG. diese Frage (OLG. 12, 402). Dort führt es aus, daß im Testamentsvollstreckerzeugnis nur dann über die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers etwas gesagt werden müsse, wenn der Erblasser sie abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt habe. Es handelt sich aber mehr um eine beiläufige Bemerkung, da die hier strittige Frage dort nicht zur Entscheidung stand.

II. Der Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses gleicht in vieler Hinsicht dem des Erbscheines, wie auch die Vorschriften über ihn entsprechend anzuwenden sind. Das Testamentsvollstreckerzeugnis soll ersehen lassen, daß eine Testamentsvollstreckung besteht und wer der Testamentsvollstrecker ist. Es soll einem Dritten die Gefahr einer unrichtigen Beurteilung des Sachverhalts erspart werden. Deshalb müssen aus dem Zeugnis Beschränkungen in den Machtbefugnissen des Testamentsvollstreckers ersichtlich sein, so daß ein Dritter annehmen kann, es bestehen keine, wenn das Zeugnis schweigt. Ohne diese negative Wirkung würde der Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses genau wie beim Erbschein nur unvollkommen erreicht.

Die Beschränkungen des Testamentsvollstreckers sind in §§ 2208 u. 2209 BGB. behandelt. Weitere Einschränkungen ergeben sich daraus, daß der Testamentsvollstrecker nur für eine bestimmte Zeit oder nur für bestimmte Zwecke, etwa nur für die Ausübung der Rechte des Nacherben oder zur Ausführung von Beschränkungen bestellt ist, daß mehrere Testamentsvollstrecker ernannt sind usw. Die Vorschrift, daß ein Testamentsvollstrecker Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht bedarf, auf Verlangen dem Erben herausgeben muß, ist keine Beschränkung. An sich bedeutet sie eine Selbstverständlichkeit. Mit der Herausgabe der nicht mehr benötigten Nachlaßsachen tritt im Umfang der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers keine Veränderung oder gar Einschränkung ein. Für den restlichen Nachlaß hat er die gleichen Befugnisse wie bisher. Es tritt nur eine Verminderung des Aufgabenkreises ein. Gibt der Testamentsvollstrecker Nachlaßsachen zwecks Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten weg, so unterliegen sie ebenso nicht mehr seiner Entscheidung wie die Nachlaßgegenstände, welche er dem Erben freigegeben hat. Durch die Weggabe von Sachen zwecks Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten wird der Umfang der Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers ebenfalls in keiner Weise beschränkt. Zwischen beiden Vorgängen besteht in dieser Beziehung kein Unterschied. Die Verringerung des Nachlasses durch Weggabe von Gegenständen zwecks Erfüllung von Verbindlichkeiten wird auf dem Testamentsvollstreckerzeugnis nicht vermerkt, auch nicht, wenn es nachträglich einem neuen Testamentsvollstrecker ausgestellt wird. Es ist kein praktischer Grund einzusehen, warum es anders sein soll, wenn die Gegenstände dem Erben freigegeben wurden. Man kann folglich bei der Verringerung der Nachlaßmasse, welche der Testamentsvollstreckung unterliegt, infolge der Freigabe an den Erben von keiner Beschränkung der Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers reden.

Der Schutz des Dritten verlangt ebenfalls nicht die Aufnahme des fraglichen Vermerkes im Testamentsvollstreckerzeugnis. Das folgt ohne weiteres daraus, daß die Nichtzugehörigkeit von Gegenständen zur Nachlaßmasse, welche der Testamentsvollstreckung unterliegt, keine Beschränkung des Testamentsvollstreckers bedeutet. Der Erbschein hat ebenfalls nicht den Zweck, den Umfang des Nachlasses zuverlässig anzugeben. Deshalb enthält er hierüber keine Angaben. Daraus muß man mit Recht folgern, daß auch das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht den Zweck hat, den Umfang der der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaßmasse einem Dritten kenntlich zu machen, es sei denn, es würden nach einer letztwilligen Anordnung bestimmte Sachen davon ausgeschlossen sein. Auf jeden Fall ist es nicht erforderlich, in ihm anzugeben, ob und welche Gegenstände der Testamentsvollstrecker dem Erben freigegeben hat, sowie ob und welche Aufgaben er zwischenzeitlich erledigte.

Das KG. hat mit Rücksicht auf unabwendbare praktische Bedürfnisse das Recht und die Pflicht des Nachlaßgerichtes, Zeugnisse über Rechtsverhältnisse auszustellen, über die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeiten hinaus anerkannt und entschieden, daß ein Zeugnis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes und über den Nichteintritt der Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Verlangen auszustellen ist (RJA. 13, 154). Das KG. hat ein Zeugnis des Nachlaßgerichtes, daß die in einem Erbschein ausgeführte Anordnung einer Testamentsvollstreckung fortgefallen ist, als unzulässig abgelehnt, weil ein praktisches Bedürfnis nicht besteht, da der Erbschein, in dem noch die Testamentsvollstreckung vermerkt ist, als unrichtig einzuziehen ist, sobald sie nachträglich sich völlig erledigte (RJA. 16, 54). Daraus muß man folgern, daß die teilweise Erledigung der Testamentsvollstreckung und die dadurch bedingte Freigabe von Nachlaßteilen auf dem Erb-

schein nicht vermerkt werden darf. Es gibt keinen vernünftigen Grund, warum für das Testamentsvollstreckerzeugnis etwas anderes gelten soll, auf das die Vorschriften über den Erbschein entsprechend anzuwenden sind. Denn beide Zeugnisse sind nicht dazu da, den Bestand des Nachlasses, oder was das gleiche wäre, den der Testamentsvollstreckung wegen ihrer teilweisen Erledigung nicht mehr unterliegenden Teil anzugeben.

Im Erbschein dürfen nur solche Beschränkungen des Erben aufgenommen werden, die absolut wirken, aber ohne Erwähnung im Erbschein wegen der Vermutung seiner Richtigkeit und Vollständigkeit hinter dem guten Glauben Dritter zurücktreten müssen. Dagegen dürfen lediglich obligatorisch wirkende letztwillige Anordnungen, wie Vermächtnisse und Auflagen, im Erbschein nicht aufgenommen werden, da er nicht jede letztwillige Verfügung, sondern nur ganz bestimmte enthalten darf. Er soll keine Wiedergabe, auch keine verkürzte, der letztwilligen Verfügung sein, sondern eine Bescheinigung über das Erbrecht und die dinglich wirkenden Beschränkungen. Die Aufnahme nur obligatorisch wirkender letztwilliger Verfügungen in dem Erbschein ist wirkungslos, da ihre Kenntnis dem rechtswirksamen Erwerb eines Dritten nicht entgegensteht (OLG. 12, 399). Entsprechendes gilt für die hier strittige Frage.

Die teilweise Erledigung der Testamentsvollstreckeraufgaben begründet die Pflicht zur teilweisen Freigabe des Nachlasses. Sie besteht dem Erben, aber keinem Dritten gegenüber. Die Erledigung selbst bewirkt nicht die Freigabe. Der Testamentsvollstrecker hat sie zu vollziehen, ebenso wie er ein Vermächtnis zu erfüllen hat, was im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht niedergelegt ist.

Im Zeugnis sind, um es nicht unklar zu machen und seinen Gebrauch zu erschweren, solche Beschränkungen wegzulassen, die nur für das innere Verhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den am Nachlaß Beteiligten gelten, dagegen seine Verfügungsbefugnisse nach außen im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten nicht einschränken und daher den Legitimationszweck des Zeugnisses nicht berühren (vgl. RG.: HöchstRRspr. 1933, 138). Die teilweise Erledigung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers sowie die teilweise Freigabe von Nachlaßgegenständen an den Erben sind nur im Verhältnis zu ihm von Bedeutung und berühren einen Außenstehenden nicht. Würde man hierüber etwas in das Zeugnis aufnehmen, so könnte nur Unklarheit bei einem Dritten entstehen.

Der Zeitpunkt, bis zu dem die Auseinandersetzung nach dem Testament ausgeschlossen ist, gehört nicht in den Erbschein. Diese letztwillige Bestimmung begründet ebenfalls nur eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben.

(LG. Mannheim, 1. ZK., Beschl. v. 15. März 1938, 1 T 12/37.)

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

16. KG. — Art. 11 Abs. 1 S. 2, 25, 27, 30, 31 EGBGB. Ist ein Angehöriger der UdSSR. in Rußland während der Geltungsdauer des sowjetrussischen Dekrets v. 27. April 1918 verstorben, so richtet sich die Erbfolge in sein in Deutschland befindliches Vermögen und die Erbfähigkeit sowjetrussischer Erben nach dem deutschen Recht. Eine allgemeine Gegenseitigkeitsklausel, die dies ausschlösse, besteht nicht. †)

Am 26. Sept. 1919 verstarb in Moskau der sowjetrussische Staatsangehörige David S. Aus seiner ersten Ehe waren acht Kinder, darunter die verwitwete Frau Frieda B. geb. S., hervorgegangen. Aus seiner zweiten Ehe hatte er einen Sohn, Hermann S. Die Angehörigen des Erblassers besitzen ebenfalls die sowjetrussische Staatsangehörigkeit und befinden sich in Sowjetrußland. Lediglich Frau B., die im Jahre 1905 in Rußland mit dem russischen Staatsangehörigen W. B. die Ehe geschlossen hatte, war — nach ihrer Behauptung — im Jahre 1910 mit ihrer Familie nach Deutschland ausgewandert und hatte sich hier bis zum Jahre 1924 aufgehalten. Im Jahre 1924 wurde ihr Ehemann an die Straßburger Universität berufen. Dadurch erwarb auch Frau B. die französische Staatsangehörigkeit.

In einem am 21. Sept. 1917 vor einem Notar in Petrograd errichteten Testament hatte der Erblasser seinen Sohn Hermann S. zu seinem alleinigen Erben eingesetzt. Zu seinem Nachlasse gehörte ein in Berlin-Grunewald gelegenes Grundstück.

Frau B. beantragte, ihr einen Erbschein dahin zu erteilen, daß sie hinsichtlich des in Deutschland befindlichen Nachlasses Alleinerbin des Erblassers geworden sei. Zur Begründung ihres Antrages machte sie geltend: In Sowjetrußland sei zur Zeit des Erbfalls auf Grund eines Dekrets v. 27. April 1918 das Erbrecht aufgehoben gewesen. Da das Dekret auf dem Gebietsprinzip beruhe, finde auf Grund Rückverweisung deutsches Recht Anwendung. Dies führe an sich zu einer Erbfolge nach dem Testament. Trotzdem müsse ein Erbrecht des Hermann S. entfallen, weil der russische Staat die Auszahlung ausländischer Guthaben und damit die Verwirklichung des Erbrechts seiner Bürger durch die Errichtung eines sogenannten „Kreditbüros" im wesentlichen unterbunden habe. Dieses Büro trete zwar nach außen hin als Devisenstelle in Erscheinung, in Wahrheit stelle es aber eine Tarnung zur Sicherstellung der ausländischen Erbbeträge für den russischen Staat dar. Ein solches Vorgehen des russischen Staates verstoße gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten. Dies müsse zur Folge haben, daß deutscherseits Erbbeträge an russische Staatsbürger nicht zur Auszahlung kommen dürften. Könne aber eine Auszahlung an Sowjetbürger nicht erfolgen, so könne auch ein Erbrecht solcher Personen nicht anerkannt werden, und es verbleibe, da auch die weiteren sieben Abkömmlinge des Erblassers aus erster Ehe im Sowjetstaat ansässig seien, nur die Möglichkeit, sie, die Antragstellerin, als gesetzliche Alleinerbin anzuerkennen. Vorsorglich werde das Testament ferner gemäß § 2078 BGB. angefochten, da der Erblasser eine derartige letztwillige Verfügung nicht getroffen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß durch das Testament der überwiegende Teil des Vermögens dem russischen Staat zufallen werde.

Obwohl das Osteuropa-Institut in Breslau in einem Rechtsgutachten zu dem Ergebnis gelangte, daß das Erbrecht des Hermann S. zu bejahen sei, erteilte das AG. der Frau B. den beantragten Erbschein, und zwar aus folgenden Erwägungen: Richtig sei, daß deutsches Erbrecht anzuwenden sei. Die Anwendung deutschen Rechts dürfe aber nicht dazu führen, daß ein Ausländer besser gestellt werde als ein Inländer. Im Jahre 1919 habe ein Deutscher in Rußland nicht erben können. Der Gedanke der Gegenseitigkeit, der durch die gesunde und notwendige Selbstsucht den Staaten aufgenötigt werde, gebiete, daß für einen Erbfall in dieser Zeit auch einem Russen das Erbrecht in Deutschland abgesprochen werde. Geschehe dies, so sei Frau B. allein als Erbin berufen.

Auf eine Beschw. des Hermann S. wies das LG. das AG. zur Einziehung des Erbscheins an. Die weitere Beschw. der Frau B. ist unbegründet.

Das LG. ist der Auffassung, daß Frau B. auch unter Berücksichtigung der Anfechtung jedenfalls nicht Alleinerbin nach dem Erblasser geworden und der ihr von dem AG. über ihr Alleinerbrecht erteilte Erbschein unrichtig sei und der Einziehung unterliege. Dem ist beizutreten.

Im Zeitpunkt des am 26. Sept. 1919 erfolgten Todes des Erblassers bestand kein für Deutschland verbindlicher, das Erbrechtsverhältnis regelnder Vertrag zwischen Deutschland und Sowjetrußland. Die deutsch-russische Nachlaßkonvention v. 12. Nov. und 31. Okt. 1874 (RGBl. 1875, 136), die im Friedensvertrag von Brest-Litowsk v. 3. und 7. März 1918 (RGBl. 479 ff.) erneuert war, ist durch den Verzicht Deutschlands auf die Rechte aus diesem Friedensvertrag in Art. 15 des Waffenstillstandsvertrages v. 11. Nov. 1918 und in den Art. 116, 292 des Friedensvertrages von Versailles v. 28. Juni 1919 (RGBl. 687, 891, 1101) endgültig außer Kraft getreten (vgl. auch Zitelmann, „Rußland im Friedensvertrag von Versailles", S. 3 ff., 37 ff.). Das Nachlaßabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der UdSSR. zum Art. 22 des Konsularvertrages v. 12. Okt. 1925 (RGBl. 1926, II, 72) findet auf Grund des Vorbehalts in dessen § 19 i. Verb. m. § 3 Ges. über die deutsch-russischen Verträge v. 6. Jan. 1926 (RGBl. II, 1) nur auf die nach dem 22. Mai 1922 eingetretenen Erbfälle Anwendung.

Fehlt es hiernach an einem Staatsvertrage, so ist auf die Vorschriften der Art. 25 ff. EGBGB. zurückzugreifen. Gemäß Art. 25 S. 1 EGBGB., der entsprechende Anwendung findet, wenn der Erblasser, wie hier, seinen letzten Wohnsitz im Auslande gehabt hat (KG.: JFG. 16, 23 = JW. 1937, 2527 m. Anm. von Lewald), ist grundsätzlich sowjetrussisches Recht maßgeblich.

In Sowjetrußland war durch ein (erst mit Wirkung vom 1. Jan. 1923 ab gemildertes) Dekret v. 27. April 1918 das gesetzliche und testamentarische Erbrecht aufgehoben und bestimmt worden, daß das Vermögen des Eigentümers nach seinem Tode Staatseigentum der Sowjetrussischen Republik wird. Dieses Dekret war, soweit es neues Recht schafft, d. h. ein Aneignungsrecht des sowjetrussischen Staates begründete, wie insbes. aus dem Zirkular der Volkskommissare für Äußeres und für Justiz v. 12. April 1922 hervorgeht, von dem Territorialitätsprinzip beherrscht und ließ daher die Rechtsbeziehungen russischer Bürger zu außerhalb der UdSSR. befindlichen Vermögenswerten unberührt (so KG. in 1 X 212 — nicht 213 — /25: JW. 1925, 2142; 1926, 381 m. Anm. von Josef; OLG. Dresden: JFG. 10, 81 = JPRspr. 1933 Nr. 134; Staudinger-Raape, 9. Aufl., Art. 25, S. 734; Rabinonitsch: JW. 1924, 636).

Der Mangel eines sowjetrussischen Erbstatuts für den in Deutschland befindlichen Nachlaß führt zur Anwendung des deutschen Rechts, sei es, daß man annimmt, Art. 25 S. 1 setze eine wirkliche „Beerbung" nach ausländischem Recht voraus, so daß infolge Fehlens einer solchen auch der Art. 25 S. 1 ohne weiteres ausscheidet, oder daß man aus dem sowjetrussischen Recht eine stillschweigende, gemäß Art. 27 EGBGB. beachtliche Rückverweisung auf das deutsche Recht folgert (ebenso OLG. Dresden: JFG. 10, 81). Zur Anwendung deutschen Rechts würde man schließlich, wenn man von dem Territorialitätsprinzip absieht, auch auf dem Wege über Art. 30 EGBGB. gelangen müssen (so auch Frankenstein, „Internationales Privatrecht", Bd. 4, S. 334). Die Ansicht von Frankenstein, S. 335 a. a. O., die durch den Mangel eines sowjetrussischen Erbrechts entstandene Lücke sei nicht durch Anwendung des deutschen Rechts, sondern durch Anwendung des zaristischen Erbrechts auszufüllen, erscheint nicht richtig. Denn das zaristische Erbrecht wurde durch das Dekret von 1918 schlechthin und nicht nur bzgl. des in Rußland belegenen Vermögens aufgehoben, während sich das neue sowjetrussische Recht nur auf letzteres bezog (vgl. auch Staudinger-Raape, Art. 25, S. 734). Diese Rechtsauffassung steht mit dem bereits angezogenen Beschluß des Senats 1 X 212/25 nicht im Widerspruch. In dem dort entschiedenen Falle hatte der Senat das zaristische Erbrecht deshalb angewendet, weil der Erblasser vor dem (in der Ukraine am 9. März 1919 erfolgten) Inkrafttreten des Dekrets gestorben war, und ausdrücklich dahingestellt gelassen, wie die Rechtslage bei einem nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Erbfall zu beurteilen ist.

Ist also auf den in Deutschland befindlichen Nachlaß des Erblassers deutsches Recht anzuwenden, so bestehen zunächst gegen die Formgültigkeit des Testaments vom 21. Sept. 1917 keine Bedenken. Die Form des Testaments entspricht dem zur Zeit seiner Errichtung am Errichtungsort in Geltung gewesenen zaristischen Erbrecht. Die Beobachtung der Ortsform genügt nach deutschem Recht (Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB.). Ebenso ist die Testierfähigkeit des Erblassers vom Standpunkt des deutschen Rechts aus unbedenklich anzuerkennen.

Auch die Erbfähigkeit des in dem Testament als Alleinerben eingesetzten Hermann S. kann nicht in Zweifel gezogen werden. Ob sich die Erbfähigkeit eines als Erben in Betracht kommenden ausländischen Staatsangehörigen (im Gegensatz zu der Berufungsfähigkeit) nach dem Erbstatut, d. h. hier nach dem deutschen Recht, richtet (so BayObLG.: JFG. 6, 166 = JPRspr. 1929 Nr. 92) oder primär das Personalstatut (das Heimatrecht), d. h. hier das sowjetrussische Recht, maßgeblich ist (so Frankenstein, Bd. 4, S. 359; vgl. im übrigen Staudinger-Raape, 9. Aufl., Art. 24 Anm. B I, S. 633, 634), ist bestritten. Eine Entsch. dieser Streitfrage erübrigt sich, da in beiden Fällen die Erbfähigkeit des Hermann S. zu bejahen wäre. Das deutsche Recht kennt — abgesehen von den hier nicht eingreifenden Bestimmungen des Art. 87 EGBGB., einigen Staatsverträgen, der Erbhofgesetzgebung und dem Ges. über die erbrechtlichen Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens v. 5. Nov. 1937 (RGBl. I, 1161) — keine Beschränkungen der Erbfähigkeit rechtsfähiger (§§ 1, 1923, 2108 Abs. 1 BGB.; vgl. auch §§ 2074, 2160, 2178 BGB.) natürlicher Personen, gleichviel, ob sie die deutsche oder eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen oder staatenlos sind. Ist sowjetrussisches Recht primär anzuwenden, dann muß die Erbfähigkeit des Hermann S. gleichfalls anerkannt werden. Denn das Dekret von 1918 läßt, von dem Territorialitätsprinzip ausgehend, das Erbrecht auch sowjetrussischer Staatsangehöriger hinsichtlich des in Deutschland befindlichen Nachlasses unberührt und verweist, indem es insoweit russisches Recht für nicht anwendbar erklärt (vgl. das erwähnte Zirkular v. 12. April 1922), damit auch hinsichtlich der Erbfähigkeit sowjetrussischer Bürger wieder auf das deutsche Recht. Diese Rückverweisung bindet den deutschen Richter (Art. 27 EGBGB.).

Selbst wenn die Behauptung der Frau B. zutreffen sollte, daß der sowjetrussische Staat bei einer Anerkennung des Hermann S. als Testamentserben diesem den in Deutschland befindlichen Nachlaß nicht restlos zukommen lassen, ihm vielmehr nur einen geringen Prozentsatz des Nachlasses zugänglich machen würde, während der Rest beim Staat verbleiben würde, könnte sein Erbrecht nicht verneint werden. Denn die durch sowjetrussische Bestimmungen etwa begründete Unmöglichkeit für den Erben, in den vollen Genuß der Erbschaft zu gelangen, berührt seine nach dem deutschen Privatrecht zu beurteilende Erbberechtigung nicht. Ist nach dem primär oder sekundär anzuwendenden deutschen Recht das Erbrecht eines ausländischen Staatsangehörigen zu bejahen, so muß es — vorbehaltlich der sich aus den allgemeinen Bestimmungen und dem Gegenseitigkeitsrecht etwa ergebenden Unwirksamkeit der Erbeinsetzung — davon unberührt bleiben, daß der ausländische Staat ihm den größten Teil der angefallenen Erbschaft entzieht. Zudem sind nach dem Eintritt eines Erbfalles eintretende Veränderungen der Sach- und Rechtslage grundsätzlich und insbes. hier mit Rücksicht auf das noch jetzt in Geltung befindliche Nachlaßabkommen v. 12. Okt. 1925 nicht geeignet, die einmal erworbene Erbenstellung nachträglich wieder unwirksam zu machen.

Die Berufung der BeschwF. auf die Vorschrift des § 138 BGB. geht fehl. Inwieweit die Beerbung eines Sowjetrussen durch seinen sowjetrussischen Sohn hinsichtlich des in Deutschland befindlichen Nachlasses unsittlich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Staatsangehörigkeit des Erben ist für diese Frage jedenfalls ohne Belang.

Für die Anwendung eines Gegenseitigkeitsgrundsatzes ist im vorl. Falle kein Raum. Das deutsche Recht hat den Gegenseitigkeitsgrundsatz nur in einigen Ausnahmefällen zugelassen, insbes. im Zivilprozeßrecht bei der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten (§ 110 ZPO.), beim Armenrecht (§ 114 ZPO.) und bei der Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Entsch. (§§ 328, 723 ZPO.), ferner im § 7 PatG. v. 5. Mai 1936, in den §§ 23, 35 WZG. v. 5. Mai 1936 und im § 28 UrhWG. v. 7. Juni 1909. Auch im deutschen Erbrecht hat, abgesehen von dem in Art. 31 EGBGB. normierten Vergeltungsrecht, der mit diesem verwandte Gegenseitigkeitsgrundsatz nur in dem in Art. 25 S. 2 EGBGB. geregelten Sonderfall Ausdruck gefunden (Staudinger-Raape, Art. 31 Anm. 8, S. 837). Das deutsche Erbrecht nimmt also zu dieser Frage einen anderen Standpunkt ein als einige ausländische Rechte, die einen allgemeinen Gegenseitigkeitsgrundsatz anerkennen (vgl. für das polnische Recht den für Kongreßpolen in Geltung gewesenen Art. 726 i. Verb. m. Art. 11 Code civil und dazu die Entsch. des PolnObGer. v. 22. Juni 1933: OstRZ. 1933, 828 und Art. 28 Ges. über das internationale Privatrecht v. 2. Aug. 1926; vgl. für das französische Recht den Art. 726 Code civil, der aber dort bereits durch das Ges. vom 14. Juli 1819 aufgehoben wurde; vgl. auch Frankenstein, Bd. 4, S. 362 Fußnote 26 und S. 376). Der Art. 25 Satz 2 EGBGB. greift hier schon deswegen nicht ein, weil er im Gegensatz zu seinem S. 1 im Falle des ausländischen Wohnsitzes des Erblassers einer entsprechenden Anwendung nicht fähig und bedürftig ist (KG.: JFG. 16, 23, 28) und der Erbfall hier ohnehin deutschem Recht unterliegt (Staudinger-Raape S. 711). Eine Verallgemeinerung oder entsprechende Anwendung des Gegenseitigkeitsgrundsatzes auf durch das Gesetz nicht besonders geregelte, ganz anders gelagerte Fälle ist daher unstatthaft (vgl. auch RG.: RGZ. 29, 129; Walker, „Internationales Privatrecht", S. 238 ff. und Habicht, „Internationales Privatrecht", 1907, S. 243).

Die Ausübung des Vergeltungsrechts gemäß Art. 31 EGBGB. (vgl. ferner § 24 EGZPO., § 5 KO., § 16 PatG. vom 5. Mai 1936) steht nicht dem Gericht, sondern als politische Maßnahme der Staatsführung zu.

Ob die von Frau B. erklärte Anfechtung begründet ist, bedarf hier nicht der Entsch. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde die gesetzliche Erbfolge nach deutschem Recht eingetreten sein. Das hätte aber zur Folge, daß Frau B. hinsichtlich des in Deutschland befindlichen Nachlasses nur zusammen mit den in Sowjetrußland lebenden Verwandten des Erblassers, gegen deren Erbfähigkeit nach den obigen Ausführungen keine Bedenken bestehen, erbberechtigt sein würde. Der ihr vom AG. erteilte Erbschein über ihr Alleinerbrecht ist daher auf jeden Fall unrichtig.

Bei dieser Sachlage kommt es ferner auf die Frage, ob Frau B. mit Rücksicht auf ihre deutschblütige Abstammung und im Hinblick auf die Tatsache, daß sie bereits 1910 Rußland verlassen und sich zur Zeit des Erbfalles in Deutschland aufgehalten hat, wie eine deutsche Staatsangehörige zu behandeln ist (vgl. Prof. Süß: JW. 1937, 1327 und Art. 7 Ges. über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. April 1938 [RGBl. I, 380], dem aber auf dem Gebiete des Erbrechts keine rückwirkende Kraft beigelegt ist), nicht an. Demgemäß mußte die weitere Beschw. zurückgewiesen werden.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 5. Mai 1938, 1 Wx 166/38.)
[H.]

Anmerkung: Die Entsch. ist in ihrem Endergebnis ohne Zweifel richtig. Das Testament ist gültig, die Beerbung in das in Deutschland befindliche Vermögen erfolgt nach deutschem Recht. Der Erblasser war testierfähig, der Testamentserbe erbfähig. Die Einziehung des Erbscheins erfolgte daher zu Recht. Zweifelhaft kann nur die Begründung sein.

Das russische Erbrecht hat seit der bolschewistischen Revolution infolge der grundverschiedenen Wirtschaftsstruktur des heutigen Rußlands im internationalen Privatrecht viele Probleme aufgeworfen. Es sind drei Phasen zu unterscheiden: einmal das zaristische Erbrecht, das kein Pflichtteilsrecht kannte und dem Erb-

lasser daher weiteste Freiheit ließ; dann das äußerste Extrem hierzu: die Abschaffung des Erbrechtes durch das Dekret vom 14./27. April 1918, das sogar rückwirkende Kraft hatte und bald auch auf die Ukraine, die damals noch ein selbständiger Staat war, erstreckt wurde. Endlich das Dekret über die privatrechtlichen Grundrechte in vermögensrechtlicher Beziehung v. 22. Mai 1922 (GS. 1922 Nr. 36 Art. 423), das unter A Ziff. 6 das Erbrecht auf Grund Testaments und Gesetzes unter Beschränkung auf die Ehegatten und die Verwandten in absteigender Linie sowie unter Begrenzung des Gesamtwertes des Nachlasses auf 10 000 Goldrubel wieder zugelassen hat, und zwar ohne Rückwirkung.

Diesen drei Perioden des inländisch russischen materiellen Erbrechts gehen, sich nicht mit ihnen deckend, drei Perioden des international-privatrechtlichen Erbrechts gegenüber Deutschland parallel. Vor dem Kriege bestand die deutsch-russische Nachlaßkonvention v. 12. Nov./31. Okt. 1874 (RGBl. 1875, 136), die zwar im Friedensvertrag von Brest-Litowsk erneuert wurde, mit dessen Annullierung aber durch Art. XV des Waffenstillstandsvertrages automatisch wieder erlosch. Seitdem bestand ein vertragsloser Zustand bis zu dem Konsularvertrag v. 12. Okt. 1925 (RGBl. 1926. II, 72) zwischen der russischen Union und dem Deutschen Reich.

Der hier vorl. Fall fällt in die Zeit der Aufhebung des Erbrechts in Rußland und des vertragslosen Zustandes mit Deutschland; darin liegt seine Besonderheit und seine Schwierigkeit. Zunächst erhebt sich die Frage, ob das hier vorl. Testament gültig ist. Nach deutschem internationalen Privatrecht ist maßgebend Zeit und Ort der Errichtung (Art. 11 Abs. 1 S. 2 EinfG.; vgl. auch Art. 214 EinfG.). Da diese noch in die Zeit zaristischen Rechtes fällt, ist diese maßgebend. Selbstverständlich hätte ein solches Testament bei Abschaffung des testamentarischen und gesetzlichen Erbrechts keine Wirkung mehr in Rußland. Dies kann aber nicht identisch sein mit seiner Formungültigkeit, die hier zunächst allein in Frage steht. Daß diese Unterscheidung praktischen Wert hat, zeigt gerade der vorl. Fall, wo das Testament nach russischem Recht zwar unwirksam ist, nach deutschem internationalen Privatrecht aber formgültig und wirksam.

Schwieriger läge die Frage allerdings, wenn das Testament nicht wie hier in der Zeit der zaristischen Epoche errichtet worden wäre, sondern während der ersten Epoche des Sowjetrechtes, in der es kein Erbrecht und infolgedessen auch kein Testament, keine Vorschriften über seine formgültige Errichtung gegeben hat. Hier will Rabinowitsch, ein früherer russischer Anwalt aus Petersburg, derartige Testamente auf Grund des ordre public in Deutschland für gültig erachten, wenn es sich um ein in Deutschland befindliches Vermögen handelt. Das russische Testament soll sich dann nach deutschen Formvorschriften richten, da es russische für diese Zeit gar nicht gegeben hat (JW. 1922, 385).

M. E. hat, wenn das Testament zur Zeit der Abschaffung des Erbrechts in Rußland errichtet wurde, Rabinowitsch recht, daß dann Testierrecht (s. unten!), aber auch Testierfähigkeit des Erblassers [1]) und die Form des Testaments sich nach deutschem Rechte richtet, wenn es sich um in Deutschland befindliches Vermögen handelt. Es ist nicht einzusehen, daß dann, wenn deutsches Erbrecht zur Anwendung gelangt, Intestaterbrecht herangezogen werden soll; denn dieses stellt doch nur die Vermutung auf, wie der durchschnittliche gewissenhafte Erblasser testiert hätte, wenn er ein Testament gemacht hätte. Liegt aber ein nach der lex causae, also hier nach deutschem Recht formgültiges Testament vor (Art. 11 Abs. 1 S. 1), so ist zweifelsohne der wirkliche Wille des Erblassers (Testament!) dem vermuteten des Gesetzes (gesetzliche Erbfolge) vorzuziehen.

Der hier vorl. Fall liegt aber insofern wesentlich einfacher, als das Testament in der zaristischen Epoche errichtet wurde und daher nach deutschem internationalen Privatrecht gültig ist. Das KG. ist auf diesen Punkt nicht näher eingegangen, obwohl er, wie oben dargelegt, nicht unbestritten ist. —

Die weitere Frage ist die Anwendung deutschen Erbrechts auf dieses nach zaristischem Recht gültige Testament, wenn der Erblasser zur Zeit der Aufhebung des Erbrechts starb. Sowjetrussisches Recht kann nicht zur Anwendung kommen, darüber besteht Einigkeit. Die Begründung für die Anwendung deutschen Erbrechts kann auf dreifache Weise erbracht werden — das KG. läßt die Frage offen —:

1. An sich wäre nach Art. 25 Abs. 1 EinfG. in seiner allgemein anerkannten analogen Ausdehnung das Personalstatut für Ausländer, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, anzuwenden. Da aber das Gesetz ausdrücklich von einer „Beerbung" spricht, so kann nur ein solches Personalstatut zur Anwendung kommen, welches auch wirklich ein Erbrecht kennt. Diese Erklärung ist indessen nicht ansprechend. Einmal hat der Gesetzgeber bei Abfassung des BGB. an einen derartigen Fall gar nicht gedacht; sodann bedeutet hier „beerben" lediglich, daß die Erbrechtsregelung des betr. Heimatstaates zur Anwendung kommen soll. Dabei ist es gleichgültig, ob die Erbschaft an den Staat oder eine Privatperson fällt. Auch die Verneinung des Erbrechts ist eine erbrechtliche Regelung.

2. Man könnte eine stillschweigende Rückverweisung auf die lex rei sitae annehmen gemäß Art. 27 EG., da das sowjetrussische Vermögensrecht nur territoriale Geltung beansprucht (vgl. hierzu die Zirkulare der russischen Volkskommissariate für Äußeres und Justiz v. 12. April 1922, mitgeteilt von Makarov: „Auslandsrecht" 1925, 105/106 A 9). Die vermögensrechtliche Gesetzgebung, die in den Dekreten der russischen Sowjetregierung enthalten ist, regelt lediglich die vermögensrechtlichen Beziehungen auf dem Gebiet der Union. Vermögensrechtliche Beziehungen aber, deren Objekte sich auf dem Gebiet außerhalb der Union befinden, sind mit dieser nicht verbunden und können außerhalb der Union nach russischen Gesetzen nicht beurteilt werden, selbst wenn die Subjekte dieser Rechtsbeziehungen russische Bürger wären.

Es gilt also in Rußland in dieser Hinsicht heute der Grundsatz strengster Territorialität der Sowjetrechtsordnung nicht nur für das Erbrecht, sondern für alle Vermögensrechte — ein Grundsatz, der sich aus der Besonderheit der zugrunde liegenden Wirtschaftsverfassung erklärt.

Keinesfalls kann diese Lücke aber durch zaristisches Recht ausgefüllt werden, da dieses Recht schlechthin aufgehoben ist, nicht nur bzgl. des in Rußland belegenen Vermögens. Es war auch schon in dem hier maßgebenden Zeitpunkt, zur Zeit des Erbfalles, aufgehoben. Das KG. hat nicht zu Unrecht (JW. 1925, 2142) einmal zaristisches Erbrecht in der Ukraine angewandt; denn damals war der Erbfall vor dem Inkrafttreten des Aufhebungsdekretes entstanden, also zu einer Zeit, in der zaristisches Erbrecht in der Ukraine noch nicht aufgehoben war. Hier handelte es sich also gar nicht um das Ausfüllen einer Lücke, sondern um die normale Anwendung des Heimatrechts. Der Fall liegt daher völlig verschieden!

Es kann also weder das nur territorial gültige sowjetrussische Recht, noch das zur Zeit des Erbfalles völlig aufgehobene zaristische Erbrecht in Frage kommen, sondern lediglich deutsches Recht. Fraglich ist aber, ob man diese Anwendung mit Rückverweisung ansprechen soll (so Raape, S. 734, H III 3 a zu Art. 25 EinfG.). Geht man mit Lewald, „Das deutsche internationale Privatrecht", 26 a, davon aus, daß eine Rückverweisung nur beachtlich ist in den Fällen, in denen das ausländische Heimatrecht auf das deutsche Recht als lex domicilii zurückverweist, so liegt überhaupt kein Fall von beachtlicher Rückverweisung vor. Es könnte also das deutsche Recht auch nicht auf Grund von Rückverweisung angewendet werden, sondern es müßte russisches Recht herangezogen werden. Nach Lewald hat die Rückverweisung lediglich den Sinn, die Kollisionen zwischen Staatsangehörigkeitsprinzip und Domizilprinzip zu mildern. Die Richtigkeit dieser die Rückverweisung einschränkenden Auffassung mag hier dahingestellt bleiben. Der Gegensatz zu der Auffassung der Praxis, die Art. 27 EinfG. als Ausfluß eines allgemeinen Prinzipes der Gesamtverweisung ansieht, wird — wenigstens in dem vorl. Fall, in dem es sich um eine Rückverweisung auf die lex rei sitae handelt — behoben, wenn man derartige Fälle gar nicht als Rückverweisung im technischen Sinne ansieht, was sie auch meines Erachtens nicht sind. Das russische Vermögensrecht will nur territorial angewendet sein und läßt völlig offen, wie die Lücke auszufüllen ist für die Behandlung von Vermögensobjekten, die sich außerhalb der Union befinden. Es ist weder positiv, noch stillschweigend auf irgendein Recht verwiesen, und der Richter jedes nichtrussischen Landes wird sich zu entscheiden haben, wie er diese Lücke ausfüllt. Dabei könnte man hier nur an die lex fori oder die lex rei sitae denken. Beide weichen natürlich dann voneinander ab, wenn das Vermögen nicht nur in Deutschland, sondern auch in einem anderen nichtrussischen Lande sich befindet, z. B. in der Schweiz. Die lex rei sitae scheint dabei auf den ersten Blick zweckmäßiger zu sein. Man darf aber nicht übersehen, daß wir hier nicht die übliche Nachlaßspaltung in bewegliches und unbewegliches Vermögen haben, wobei die lex rei sitae nur für das letztere gilt, sondern den ungewöhnlichen Fall einer Spaltung in russisches und nichtrussisches Vermögen, gleichgültig, ob Mobilien oder Immobilien.

Die Anwendung deutschen Rechtes ließe sich dabei als lex fori nach folgenden Gesichtspunkten rechtfertigen. Da das nach Art. 25 S. 1 EinfG. maßgebende russische Heimatsrecht nur territorial gilt, entsteht eine Lücke. Diese aber wird prinzipiell aus-

[1]) Zwar ist die Testierfähigkeit als Abart der Geschäftsfähigkeit nach dem Personalstatut zu beurteilen. Da aber das sowjetrussische Recht dieser Epoche kein Testament und hiermit auch keine Vorschriften über Testierfähigkeit enthält, so kann diese Lücke nur mit der lex fori oder lex causae (Erbstatut!) ausgefüllt werden.

gefüllt durch die Anwendung einheimischen Rechts, also der lex fori, denn es besteht im Zweifelsfalle insbes. bei Lücken stets die Vermutung für die Anwendung einheimischen Rechtes. Diesen Satz hat einmal Wächter, der manch fördernden Gedanken zum internationalen Privatrecht ausgesprochen hat, aufgestellt, und er dürfte gerade im vorl. Falle manches für sich haben.

Jedenfalls scheint hier kein Fall einer echten Rückverweisung vorzuliegen, sondern lediglich eine Lücke, die nur mit der lex fori oder patriae ausgefüllt werden kann.

3. Eine weitere Möglichkeit zur Anwendnng deutschen Rechtes wäre nach den Ausführungen des KG. Art. 30, ohne daß das KG. sich näher dazu äußerte. M. E. geht hier der ordre public aber fehl. Man sollte im internationalen Privatrecht mit nichts so vorsichtig umgehen wie mit diesem Hilfsmittel, zumal wenn es, wie in Ziff. 2 gezeigt, gar nicht notwendig ist, sich seiner zu bedienen. Das Recht jeden Landes ist im allgemeinen verschieden von dem des anderen. Wäre es gleich oder ist es gleich, spielt die Frage der Kollisionsnorm keine Rolle. Aus der Verschiedenheit allein kann aber noch nicht die Berechtigung des ordre public abgeleitet werden, ohne damit das ganze Gefüge des internationalen Privatrechts aus den Angeln zu heben. Daß Rußland in der zweiten Phase seiner erbrechtlichen Gesetzgebung das Erbrecht aufhob und an seine Stelle ein Okkupationsrecht des Staates (JW. 1926, 415 u. 2021) setzte, ist seine interne Angelegenheit. Andere Staaten lassen das Erbrecht formell zu und ziehen auf dem Wege der Steuer oft bis zu 90 % der Erbschaft für den Staat ein. Staaten, die eine so hohe Besteuerung nicht kennen, könnten dann mit demselben Grunde den ordre public geltend machen. Außerdem übersieht man, daß das russische Erbaufhebungsrecht nur territorial in Rußland gilt nach den ausdrücklichen Erlassen des Außen- und Justizkommissariates. In unserem Falle kann es daher für Vermögen, das in Deutschland liegt, gar nicht in Frage kommen. Für den ordre public ist deshalb gar kein Raum, denn er setzt doch gerade voraus, daß an sich zunächst fremdes Recht nach einheimischem Kollisionsrecht zur Anwendung kommen müßte, was hier gerade nicht der Fall ist. Handelt es sich aber um Vermögen, das in Rußland selbst liegt, so besteht keinerlei Veranlassung für den ordre public; denn dies ist eine innerrussische Angelegenheit, die unsere Staatsinteressen in keiner Weise berührt, ebensowenig wie wenn ein anderer Staat in einem solchen Fall 90 % im Wege der Besteuerung einziehen würde. Sollen die unterschiedlichen 10 % — denn für die 90 % würde niemand einen Zweifel haben, daß der ordre public nicht gegeben ist — wirklich eine Gefährdung einheimischer Interessen bedeuten?

M. E. ist daher der ordre public hier ebenso abzulehnen, wie die Rückverweisung oder die etwas formale sprachliche Auslegung des Art. 25. Zur Anwendung des deutschen Rechtes genügt vielmehr die Ablehnung des Heimatrechtes, da es nur territoriale Geltung hat, sowie die Ausfüllung dieser Lücke durch die lex rei sitae oder fori (Vermutung für inländisches Recht!), was hier im gegebenen Falle zum selben Ergebnis führt. —

Weiterhin hat das KG. die Frage der Testierfähigkeit berührt und sie vom Standpunkt des deutschen Rechts aus anerkannt. Auch dies ist im Endergebnis richtig, nur ist nicht deutsches, sondern russisches, und zwar zaristisches Recht, anzuwenden, das zu demselben Ergebnis führt. Leider gibt das KG. keine Begründung seiner Ansicht. M. E. liegt hier eine Vermischung von Testierrecht und Testierfähigkeit vor (s. Lewald, „Internationales Privatrecht", S. 369—371). Die Möglichkeit einer gewillkürten Erbfolge ist das Testierrecht, das Recht, Disvositionen von Todes wegen zu treffen. Ein solches allgemeines Recht besteht zweifelsohne in Deutschland und bestand nicht in Rußland in der Zeit des Aufhebungsdekretes für in Rußland befindliches Vermögen. Verschieden ist davon die Testierfähigkeit, d. h. Ausübung der Testierbefugnis durch rechtsgeschäftlichen Akt. Für das Testierrecht als Teil des Erbrechts ist maßgebend das Erbstatut, also in unserem Falle deutsches Recht. Dagegen ist die Testierfähigkeit als besondere Art der Geschäftsfähigkeit zu beurteilen nach dem Personalstatut des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung und von den übrigen Gültigkeitserfordernissen des Testaments zu trennen. Da das hier vorl. Testament unter zaristischer Herrschaft errichtet wurde, so muß die Testierfähigkeit nach zaristischem Recht und nicht, wie das KG. annimmt, nach deutschem Recht beurteilt werden. Dieses entscheidet als Erbstatut lediglich über die Frage des Testierrechtes, welche das KG. nicht berührte, die aber gleichfalls berührt werden müßte.

Die Frage der Erbfähigkeit hat das KG. mit Recht bejaht, ohne sich darüber auszusprechen, welches Recht — deutsches oder russisches — anzuwenden ist, da beide zum selben Ergebnis führen. Nach russischem Recht wird die Erbfähigkeit bejaht deshalb, weil das Aufhebungsdekret infolge seiner territorialen Geltung auch die Erbfähigkeit nur territorial beschränke, aber keinesfalls ganz aufhebe. Diese Ansicht ist wohl haltbar. Nicht unbestritten ist dagegen, ob in den Fällen, in denen zwei in Frage stehende Rechte zum selben Ergebnis führen, die Kollisionsfrage dahingestellt bleiben kann. Im allgemeinen wird dies ohne Bedenken anzunehmen sein, nicht dagegen, wenn eine Rev. in Frage steht. Denn dann ist grundsätzlich — von Ausnahmen abgesehen (s. Lewald, „Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères, Académie de droit international 1937) — das ausländische Recht nicht revisibel, das inländische dagegen ist revisibel. In solchen Fällen kann also die Kollisionsfrage nicht unentschieden bleiben. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor. Die Ansicht des KG. ist daher mit dieser hier nur theoretischen Einschränkung richtig. Die Erbfähigkeit ist zu bejahen, gleichgültig ob nach deutschem oder russischem Recht. —

Völlig verfehlt war natürlich die Anwendung von Retorsion seitens des AG.; denn Art. 31 EGBGB. bestimmt ausdrücklich, daß ein Vergeltungsrecht nur durch die Staatsführung ausgesprochen werden kann. Und dies mit vollstem Recht; denn ein einzelnes Gericht ist gar nicht imstande, die oft weittragenden politischen Auswirkungen einer solchen Maßnahme im Rahmen der Gesamtpolitik zu überblicken. —

Prof. Dr. Theodor Süß, Berlin.

*

17. KG. — § 4 Abs. 2 VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen v. 31. Mai 1934 (RGBl. I, 472); Art. 7 § 25 Ges. über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. April 1938 (RGBl. I, 380). Staatenlose gelten als Ausländer auch i. S. des § 4 VO. v. 31. Mai 1934. Auch ausgebürgerte Staatenlose ehemals deutscher Reichsangehörigkeit bedürfen des Ehefähigkeitszeugnisses gemäß § 4 VO. vom 31. Mai 1934. Diese Rechtslage ist durch die Änderung der Fassung des Art. 29 EGBGB. gemäß Ges. v. 12. April 1938 Art. 7 § 25 nicht berührt worden.

Heinz D. und die ledige Alice K. in B. wollen die Ehe miteinander eingehen und haben bei dem Standesbeamten in B. die Bekanntmachung des Aufgebots beantragt. Zugleich hat Alice K. um Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses gebeten. Sie ist in B. als Tochter eines angeblich rumänischen Staatsangehörigen geboren und hatte im Jahre 1930 durch Einbürgerung die preußische Staatsangehörigkeit und damit die deutsche Reichsangehörigkeit erworben. Diese Einbürgerung ist jedoch durch Verfügung des PolPräs. in B. im Jahre 1935 widerrufen worden. Alice K. ist daher zur Zeit staatenlos.

Der RJM. hat das Gesuch um Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses abgelehnt.

Der Standesbeamte hat darauf mangels Vorlegung des Ehefähigkeitszeugnisses oder Nachweises der Befreiung von diesem Erfordernis die Eheschließung einstweilen abgelehnt. Auf den Antrag der Antragsteller hat das AG. in B. den Standesbeamten angewiesen, von seinem Verlangen der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses Abstand zu nehmen. Auf die hiergegen von dem Stadtpräsidenten in B. eingelegte Beschwerde hat das LG. in B. den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und den Antrag der Antragsteller zurückgewiesen. Die hiergegen von den Antragstellern eingelegte weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Das LG. hat gemäß § 4 Abs. 2 der VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlaßsachen v. 31. Mai 1934 (RGBl. I, 472) die Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses zur Eheschließung im vorliegenden Fall für erforderlich erachtet. Diese Entscheidung läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Durch die genannte VO. ist unter Außerkraftsetzung der landesrechtlichen Vorschriften über die Eheschließung von Ausländern (§ 1315 Abs. 2 BGB.) bestimmt worden, daß ein Ausländer die Ehe nur eingehen darf, wenn er ein Zeugnis der zuständigen inneren Behörde seines Heimatsstaates darüber beibringt, daß ihr ein in den Gesetzen dieses Staates begründetes Ehehindernis nicht bekannt ist. Von der Beibringung des Zeugnisses kann Befreiung bewilligt werden (§ 4 Abs. 2 u. 3 der VO., in Zukunft § 14 EheG. vom 6. Juli 1938).

Diese Vorschriften über das Ehefähigkeitszeugnis sind auch auf Staatenlose anzuwenden. Denn seit dem Gesetz über den Neuaufbau des Reiches v. 30. Jan. 1934 und der VO. des RMdJ. über die deutsche Staatsangehörigkeit v. 5. Febr. 1934 (RGBl. I, 75 u. 85) sind als Ausländer alle die Personen zu betrachten, welche nicht die Reichsangehörigkeit besitzen, wie dies jetzt auch durch § 21 der 1. AusfVO. zum RPersStG. vom 19. Mai 1938 (RGBl. I, 533) besonders klargestellt wird[1]). Es

[1]) Zu vgl. jetzt auch § 15 DurchfVO. zum EheG. vom 27. Juli 1938 (RGBl. I, 923).

wäre auch nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber diejenigen nicht inländischen Personen, die keinem Staat angehören, bez. der Vorschriften über Ehefähigkeitszeugnisse hätte ausnehmen wollen, da gerade bei ihnen mitunter die Frage, ob Ehefähigkeit vorliegt, außerordentlich schwierig zu lösen ist. Daß die VO. v. 31. Mai 1934 die Staatenlosen mitumfaßt, ergibt sich überdies aus den zu dieser VO. ergangenen DurchfBest. vom 27. Juli 1934 (RGBl. I, 738). Dort heißt es unter Ziff. 4 Abs. 3 (Erläuterung zu § 4 der VO.), daß eine Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses grundsätzlich nur Staatenlosen sowie Angehörigen solcher Länder gewährt werden soll, deren innere Behörden Zeugnisse dieser Art nicht ausstellen[2]). Außerdem ergibt die allgemeine Fassung der VO. weiter, daß kein Unterschied gemacht wird zwischen Angehörigen der einzelnen ausländischen Staaten einschließlich der einzelnen Gruppen der Staatenlosen. Es gibt nämlich Staaten, z. B. England, nach deren Recht die Ehefähigkeit sich nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern nach dem Wohnsitz der Verlobten richtet; haben diese in der in Betracht kommenden Zeit ihren Wohnsitz in Deutschland, so finden auf sie nach Art. 27 EGBGB. die deutschen Vorschriften Anwendung. Obwohl der Standesbeamte in solchen Fällen regelmäßig erkennen kann, ob ein nach deutschem Recht begründetes Ehehindernis vorliegt, wird gleichwohl ein Ehefähigkeitszeugnis erfordert. Nach dem offenbaren Willen des Gesetzgebers soll der Standesbeamte der Notwendigkeit überhoben sein, jeweils Überlegungen darüber anzustellen, ob der vor ihm erschienene Ausländer oder Staatenlose der Pflicht zur Beibringung des Zeugnisses bzw. der Befreiungsurkunde unterliegt oder nicht. Aus diesem Grunde kann auch keine Ausnahme gelten für diejenigen Staatenlosen, die ehedem die Reichsangehörigkeit hatten und inzwischen ausgebürgert sind. Sie würden sonst gegenüber Engländern und anderen Ausländern, für die auch das Recht des Wohnsitzes maßgebend ist, bevorzugt sein. Dem Umstande, daß den ausgebürgerten Staatenlosen die Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses nicht möglich ist, wird dadurch genügend Rechnung getragen, daß ihnen Befreiung von der Beibringung gewährt werden kann. Bei dieser Maßnahme handelt es sich jedoch um einen behördlichen Gnadenakt, der der gerichtlichen Nachprüfung und Entscheidung nicht unterliegt und der von der zuständigen Behörde auch versagt werden kann, wenn der Eheschließung Rechtsgründe nicht entgegenstehen.

Dies ist die Rechtslage auf Grund der genannten VO. v. 31. Mai 1934 und ihrer DurchfBest.; zu vgl. ebenso Brandis: „Die Ehegesetze von 1935" S. 228—229.

Diese Rechtslage ist auch durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. April 1938 nicht geändert worden. Gemäß Art. 7 § 25 dieses Gesetzes hat Art. 29 EGBGB. folgende Fassung erhalten:

> Soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für maßgeblich erklärt sind, werden die Rechtsverhältnisse einer staatenlosen Person nach den Gesetzen des Staates beurteilt, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder mangels eines solchen ihren Aufenthalt hat oder zu der maßgebenden Zeit gehabt hat.

Die Antragsteller führen hierzu aus, der Zweck dieser Neufassung sei der, ausgebürgerte ehemalige Deutsche so zu behandeln, als wären sie noch Deutsche, und u. a. zu vermeiden, daß der Standesbeamte ein Zeugnis verlange, das in Wahrheit überhaupt nicht ausgestellt werden könne. Diese Ausführungen treffen jedoch nicht zu. Es lag nicht der mindeste Anlaß für den Gesetzgeber vor, durch das neue Gesetz an der bisherigen, vorstehend dargelegten Rechtslage im Interesse der ausgebürgerten Staatenlosen etwas zu ändern, um so ein sicher unerwünschtes Ergebnis zu erreichen, nämlich die gesetzliche Grundlage dafür zu schaffen, daß solchen Staatenlosen auf dem Umwege über die Eheschließung die widerrufene Reichsangehörigkeit ohne weiteres wieder zuteil wird. Vielmehr verfolgt das Gesetz v. 12. April 1938 ganz allgemeine Zwecke, wie die Begründung zu diesem Gesetz (DJ. 1938, 619 ff., 624) ergibt. Es soll demnach bez. aller Staatenlosen das anzuwendende Recht vereinheitlicht und zugleich die Regelung dadurch vereinfacht werden, daß für die Rechtsstellung sämtlicher Staatenlosen an den Begriff „des gewöhnlichen Aufenthalts" angeknüpft wird, den auch die Sechste Haager Privatrechtskonferenz von 1928 für Staatenlose als maßgebende Kollisionsnorm vorgeschlagen hatte.

Für ausgebürgerte frühere deutsche Reichsangehörige war bereits nach der bisherigen Rechtslage unter der Herrschaft der ursprünglichen Fassung des Art. 29 EGBGB. das deutsche Recht maßgebend und ist es auch nach dem neuen Gesetz vom 12. April 1938 geblieben, jedoch nunmehr unter der einschränkenden Voraussetzung, daß der Staatenlose in Deutschland in der maßgebenden Zeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder mangels eines solchen seinen Aufenthalt hat oder gehabt hat. Konnte schon nach dem bisherigen Rechtszustand nicht zugunsten der vom Deutschen Reich ausgebürgerten Staatenlosen eine Ausnahme bez. des Erfordernisses der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses gemacht werden, so läßt sich eine solche Ausnahme auch nicht aus dem Gesetz v. 12. April 1938 herleiten. Die Antragsteller berufen sich daher zu Unrecht darauf, daß durch das genannte neue Gesetz bez. des Erfordernisses der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses zugunsten der Ausgebürgerten eine Rechtsänderung eingetreten sei. Zu vgl. Maßfeller: JW. 1938, 1281 ff., 1289—1291.

Auch der RJM. hat in dem Runderlaß v. 1. Juni 1938 (StandesamtsZtg. 1938, 221) die Auffassung ausgesprochen, daß Staatenlose mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland zur Eingehung der Ehe vor einem deutschen Standesbeamten auch heute noch der Befreiung von der Beibringung des Ehefähigkeitszeugnisses bedürfen und daß die Änderung des Art. 29 EGBGB. durch das Gesetz v. 12. April 1938 keine Änderung der Rechtslage zur Folge gehabt hat. Dieser Auffassung hat sich, wie der RJM. in dem Runderlaß mitteilt, auch der RMdJ. angeschlossen.

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 15. Juli 1938, 1 b Wx 92/38.)

[2]) Zu vgl. jetzt § 8 Abs. 1 DurchfVO. zum EheG. vom 27. Juli 1938.

Beamtenrecht

**** 18. RG. — 1. §§ 3 Nr. 1, 5, 6 BRAndG.; Art. 131 WeimVerf.; § 62 PrFeldFPolG. Der Beamtenbegriff des Haftungsrechts wird durch das BRAndG. nicht berührt. Ist jemand für das Haftungsrecht Beamter, weil ihm öffentliche Gewalt anvertraut ist, während er im beamtenrechtlichen Sinne nicht Beamter ist, so muß zur Bestimmung des für ihn verantwortlichen Gemeinwesens auf die Natur der ihm übertragenen Hoheitsrechte zurückgegangen werden.**

2. §§ 67, 97, 101 ZPO. Wenn der Streitgenosse des Kl. für diesen Berufung einlegt und der Kl. sich dann an dem Berufungsverfahren beteiligt, so handelt es sich nur um eine Berufung, und zwar um eine solche des Klägers.

Der Kl. macht die verklagten Gemeinden für den ihm entstandenen und noch entstehenden Schaden verantwortlich, weil B. in ihren Diensten als Feldhüter gestanden und bei der widerrechtlichen Abgabe des Schusses (auf den Kl.) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt habe.

Das Land Preußen, dem der Kl. den Streit verkündet hatte, ist diesem als Streitgehilfe beigetreten und hat Berufung eingelegt. Der Kl. hat in der BerInst. den Antrag des Streitgehilfen aufgenommen. Das OLG. hat „beide Berufungen" zurückgewiesen.

Der BerR. unterstellt als richtig, daß die verklagten Gemeinden B. als Feldhüter angestellt hätten, kommt aber trotzdem zur Abweisung der Klage, weil B. im staatsrechtlichen Sinne nicht Beamter gewesen sei und deshalb die Haftung aus Art. 131 WeimVerf. nicht die Bekl., sondern nur das Land Preußen treffen könne, dessen Hoheitsrechte B. wahrgenommen habe.

Die Rev. des Kl. und des Streitgehilfen rügt Verletzung des Art. 131 WeimVerf. und hält insbes. die Berufung des Vorderrichters auf die in RGZ. 142, 190 = JW. 1934, 209[1] abgedr. Entsch. des erk. Sen. für unrichtig, weil damals der schuldige Feldhüter nicht von einer Gemeinde, sondern von Privatleuten angestellt gewesen sei.

Die Angriffe der Rev. sind jedoch nicht begründet. Allerdings ging die Anstellung des Feldhüters in dem früher entschiedenen Falle von Privatleuten aus, während hier für die RevInst. mit dem Vorderrichter zugunsten des Kl. zu unterstellen ist, daß B. von den verklagten Gemeinden angestellt worden war. Aber die Ausführungen, die der erk. Sen. damals gemacht hat, treffen auch den jetzt zu entscheidenden Fall.

Die Verantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen, die ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt begeht, trifft nach Art. 131 WeimVerf. den Staat oder die (öffentliche) Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht.

Im Sinne dieser Bestimmung befindet sich ein Beamter im Dienst desjenigen Gemeinwesens, welches ihn angestellt hat. Dieses haftet für ihn, während es nicht darauf ankommt, wessen Hoheitsrechte der Beamte bei der beanstandeten Amtshandlung ausgeübt hat. Für einen Körperschaftsbeamten, der staatliche Hoheitsrechte wahrnimmt, haftet danach die Körperschaft, in deren Dienst er steht, nicht dagegen der Staat.

Bis zum Inkrafttreten des BRAndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) gab nach ständiger Rspr. des erk. Sen. die Ausübung hoheitlicher Befugnisse dem damit Beliehenen volle Beamteneigenschaft im Innen- wie im Außenverhältnis. Die wiedergegebenen Grundsätze waren demnach auch anzuwenden, wenn die Beamteneigenschaft des Handelnden erst dadurch entstanden war, daß ihm die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse übertragen wurde. Hierin ist durch die Vorschriften der §§ 3 Nr. 1, 5, 6 BRAndG. eine Änderung eingetreten. Nach ihnen ist Beamter nur, wer als solcher berufen worden ist.

Diese Einschränkung des bisherigen staatsrechtlichen Beamtenbegriffs gilt aber nur für das Innenverhältnis, für das Außenverhältnis, die Haftung des Staats oder der öffentlichen Körperschaft gegenüber dritten Personen nach Art. 131 WeimVerf., ist sie ohne Bedeutung. In dieser Richtung kann auf die Darlegungen des erk. Sen. in RGZ. 142, 190 = JW. 1934, 209[1] verwiesen werden.

Wenn die Person, für die gehaftet werden soll, zwar für das Haftungsrecht Beamter ist, weil ihr öffentliche Gewalt anvertraut ist, aber wegen Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Bestellung in keinem Beamtendienstverhältnis steht, so kann die Frage, welches von mehreren Gemeinwesen für den Beamten einzustehen hat, der Dienstherr oder dasjenige Gemeinwesen, dessen Hoheitsrechte er wahrgenommen hat, überhaupt nicht auftauchen. Die Haftung als Dienstherr scheidet aus. Nur ein Gemeinwesen kann als haftbar in Betracht kommen, nämlich dasjenige, welches den Beamten zur Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt berufen und ihn damit für den Bereich des Haftungsrechts zum Beamten gemacht hat.

Die Feld- und Forsthüter des § 62 PrFeldFPolG., zu denen B. gehörte, sind nur privatrechtliche Angestellte und stehen in keinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Deshalb muß bei Bestimmung des für sie verantwortlichen Gemeinwesens auf die Natur der ihnen übertragenen Hoheitsrechte zurückgegangen werden. Auf Grund der Bestätigung durch den Landrat besitzen sie polizeiliche Befugnisse. Verletzen sie bei deren Wahrnehmung ihre Amtspflichten, so muß der Staat als Träger der Polizeigewalt den entstandenen Schaden ersetzen. Denn die Gemeinde übt die staatliche Polizeigewalt nur kraft Übertragung aus, nicht aus eigenem Recht.

Die Rev. wendet demgegenüber ein, das in Art. 131 Abs. 1 WeimVerf. zweimal vorkommende Wort „Beamter" könne unmöglich bei jedem Vorkommen verschieden ausgelegt werden; wenn im Anfang des Satzes unter „Beamter" auch derjenige zu verstehen sei, der zu keinem Gemeinwesen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehe, könne man nicht gut sagen, daß für einen „Beamten" i. S. des vorletzten Wortes ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis Voraussetzung sei. Der Einwand geht fehl. Wenn Art. 131 Abs. 1 die Verantwortlichkeit dem Staat oder der Körperschaft auferlegt, „in deren Dienst der Beamte steht", so greift dieser Satz allerdings auf die Person zurück, für deren Amtspflichtverletzungen der Staat oder die Körperschaft im Verhältnis nach außen aufzukommen hat, setzt aber voraus, daß diese Person im Innenverhältnis als Beamter im staatsrechtlichen Sinne in ihrem Dienste steht. Der Schlußsatz bezieht sich eben anders als die Hauptbestimmung auf das Innenverhältnis, so daß hier entscheidend sein muß, ob die betr. Person im Innenverhältnis Beamter ist. Man kann nicht einwenden, daß hiernach für die Amtspflichtverletzungen in derartigen Fällen überhaupt kein öffentliches Gemeinwesen haften würde. Eine solche Auslegung der Bestimmung würde, wie bereits in RGZ. 142, 190 = JW. 1934 209[1] ausgeführt ist, dem wahren Sinne des Art. 131 WeimVerf. nicht gerecht werden, der grundsätzlich eine Haftung des öffentlichen Gemeinwesens für alle Schäden einführt, welche durch schuldhafte Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt verursacht werden. Die Haftung kann aber, wenn die Schäden nicht durch einen Beamten im staatsrechtlichen Sinne verursacht worden sind, nur das Gemeinwesen treffen, das ihn mit öffentlicher Gewalt bekleidet und dadurch die Voraussetzung für die Amtspflichtverletzung geschaffen hat. Das gilt, wenn der Schuldige im Dienst von Privatleuten steht, aber auch wenn er von einem Gemeinwesen auf privatrechtlichen Dienstvertrag angestellt ist. Auch eine Haftung der verklagten Gemeinden aus § 831 BGB. kommt nicht in Frage. Wenn man die Richtigkeit der Behauptungen des Kl. unterstellt, so hat B. unter Mißbrauch der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt, seine privatrechtlichen Beziehungen zu den Bekl. waren für die Tat ohne Bedeutung. Handelte er aber in — allerdings mißbräuchlicher — Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, so ist für die Haftung aus § 831 BGB. kein Raum, auch wenn ein anderer in Anspruch genommen wird als der Träger des übertragenen Hoheitsrechts. Denn die Haftung aus § 831 BGB. setzt voraus, daß der Bestellte auf privatrechtlichem Gebiet tätig geworden ist, und das war hier nicht der Fall.

Die Klage gegen die verklagten Gemeinden ist danach mit Recht abgewiesen worden, die Rev. ist zurückzuweisen. Jedoch ist das BU. dahin zu berichtigen, daß es sich nur um eine Berufung handelt, und daß den Streitgehilfen nur die durch seine Beteiligung entstandenen Kosten treffen. Das Land Preußen hatte als Streitgehilfe des Kl. nach § 67 ZPO. für diesen Berufung eingelegt, der Kl. hatte sich später an dem Berufungsverfahren beteiligt. Es handelt sich aber nur um eine Berufung, und zwar um eine Berufung des Kl. (RGZ. 64, 70), so daß ihn nach § 97 ZPO. die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels treffen. Dem Streitgehilfen sind nach § 101 ZPO. nur die durch seinen Beitritt entstandenen Kosten aufzuerlegen. In gleicher Weise war über die Kosten in der RevInst. zu entscheiden.

(RG., III. ZivSen., U. v. 15. Juli 1938, III 211/37.) [Ba.]

*

19. RG. — §§ 64 Nr. 5 u. 7, 76 Abs. 1 BRAndG.; §§ 184 Abs. 1, 127, 129 DBG.; Nr. 5 zu § 127 DurchfBO. z. DBG. Zu den Begriffen: Verbände von Körperschaften des öffentlichen Rechts und Vereinigungen i. S. des § 64 Nr. 5 a und b BRAndG. Verband von Körperschaften des öffentlichen Rechts i. S. des § 64 Nr. 5, 7 ist auch der Deutsche Industrie- und Handelstag gewesen.

Der Kl. war früher preuß. MinDirigent. Er ist 1919 unter Gewährung des ihm zustehenden Ruhegehalts aus dem Staatsdienst geschieden. Von 1922 ab war der Kl. bei dem Deutschen Industrie- und Handelstag e. V. tätig, einer Vereinigung der „Handelskammern und verwandten öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Deutschen Reich, die gesetzlich zur Vertretung von Industrie und Handel eingesetzt sind" (vgl. § 3 Abs. 1 der Satzung des Deutschen Industrie- und Handelstags e. V. v. 18. Jan. 1922). Im Jahre 1927 hatte der Bekl. (das Land Preußen) die Weiterzahlung des Ruhegehaltes an den Kl. eingestellt mit der Begründung, der Kl. beziehe infolge seiner Beschäftigung beim Deutschen Industrie- und Handelstag (= DIuHT.) ein Einkommen im öffentlichen Dienst. Der erk. Sen. hat durch Urt. v. 9. April 1929, III 322/28 abgrdr. HöchstRRspr. 1929 Nr. 1509 = ZBR. 2. 31 diesen Standpunkt des Bekl. mißbilligt und ausgeführt, daß die Tätigkeit des Kl. beim DIuHT. nicht als eine Wiederverwendung im öffentlichen Dienst anzusehen sei.

Am 27. Juli 1933 kam eine Vereinbarung des Kl. mit dem DIuHT. zustande, durch welche der 1. Juli 1933 rückwirkend als Tag des Ausscheidens des Kl. festgelegt wurde und durch welches ihm seine bisherigen Bezüge bis zum 31. Dez. 1933, weiter auch sein Ruhegehalt zugesagt wurden. Das dem Kl. vom DIuHT. bewilligte Ruhegehalt entsprach dem eines Staatssekretärs nach 40jähriger Dienstzeit.

Der Bekl. stellte mit Wirkung v. 1. Aug. 1933 die Weiterzahlung des staatlichen Ruhegehaltes an den Kl. mit Rücksicht auf § 64 Nr. 5 und 7 BRAndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) ein. Die Tätigkeit des Kl. beim DIuHT. sei als neue Verwendung im öffentlichen Dienst anzusehen. Die dagegen sich wendende Klage blieb in allen drei Rechtszügen erfolglos.

Der Bekl. hält sich zu Recht aus §§ 76 Abs. 1, 64 Nr. 5 und 7 BRAndG., die an die Stelle der früheren landesrechtlichen Ruhensvorschriften, vorliegend der § 27 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2

PrZivilruhegehaltsG. i. d. Fass. des Art. IV des Ges. vom 12. Juli 1923 (GS. 305) getreten sind, für berechtigt, das Ruhegehalt des Kl. aus seiner früheren Tätigkeit im Staatsdienst mit Rücksicht auf die vom Kl. vom DJuHT. aus seiner späteren Tätigkeit in dessen Dienst bezogene Pension einzubehalten.

Streitig unter den Parteien ist nur die Anrechnung des vom DJuHT. geschuldeten Ruhegehaltes auf die Teile des staatlichen Ruhegehaltes, die für einen Zeitraum nach dem Inkrafttreten des BRÄndG. erwachsen sind. Ein Anrechnungsrecht auf frühere Ruhegehaltsteile wird vom Bekl. nicht geltend gemacht. Daß das BRÄndG. aber jedenfalls alle Ruhegehaltsansprüche gegen das Reich, die Länder und die sonst in Betracht kommenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfassen will, die in der Zeit nach seinem Inkrafttreten erwachsen, kann nicht zweifelhaft sein und ergibt sich aus § 79 Abs. 1 des Gesetzes. Nach dieser Bestimmung gelten die Anrechnungsbestimmungen des § 64 Nr. 5, 7 sogar für Ruhegehaltsteile, die vor dem 2. Juli 1933, dem Tag des Inkrafttretens des BRÄndG. fällig geworden, aber noch nicht ausgezahlt worden waren. Entfallende Leistungen dürfen auch für die zurückliegende Zeit nicht mehr bewirkt werden. Nur insoweit ist eine Ausnahme gemacht, als bereits erfolgte Zahlungen dem Empfänger verbleiben. Daß laufende Ruhegehaltsteile dem neuen Recht unterliegen, unabhängig davon, ob der Beamte aus der späteren Stellung im öffentlichen Dienst vor oder nach dem Inkrafttreten des BRÄndG. ausgeschieden ist (vgl. RGZ. 142, 47 = JW. 1934, 34 [7]) kann danach nicht zweifelhaft sein. Auf den Zweck dieser Gesetzesbestimmung braucht gegenüber dem klaren und einer abweichenden Auslegung nicht fähigen Wortlaut nicht eingegangen werden. Auch das spätere Recht, das DBG. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39) wendet seine Anrechnungsbestimmungen beim Zusammentreffen mehrerer Versorgungsbezüge auf alle nach seinem Inkrafttreten fällig werdenden Ruhegehaltsteile an (§§ 184 Abs. 1, 127, 129 DBG.). Mit Recht konnte daher das BG. auch dahingestellt sein lassen, ob der Kl. vor oder nach dem 2. Juli 1933 aus dem Dienst des DJuHT. geschieden war.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt sonach davon ab, ob die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Anrechnung gegeben sind, d. h. ob die Tätigkeit des Kl. bei dem DJuHT., in der er die neue Pension erdient hat, als Verwendung im öffentlichen Dienst i. S. des § 64 Nr. 5, 7 BRÄndG. anzusehen sind.

Daß die Industrie- und Handelskammern selbst Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, hat das BG. zu Recht angenommen. Die Industrie- und Handelskammern sind nach der üblichen rechtlichen Begriffsbildung Körperschaften des öffentlichen Rechts. Nun setzt allerdings der Erlaß des RFM. v. 9. Dez. 1935 (RBesBl. 192) eine ausdrückliche Verleihung dieser Eigenschaft voraus. Dieser Erlaß ist dann aber wieder eingeschränkt worden durch den späteren Erlaß v. 28. Aug. 1936 (RBesBl. 79), wonach die von jeher als Körperschaften des öffentlichen Rechtes anerkannten Einrichtungen auch weiter als solche behandelt werden sollen. Dagegen, daß die Industrie- und Handelskammern selbst als Körperschaften des öffentlichen Rechts anzusehen sind, erhebt auch die Rev. keine Angriffe.

Der Kl. ist nun bei dem DJuHT., der einen Zusammenschluß der Industrie- und Handelskammern darstellte, tätig gewesen. Als Verwendung im öffentlichen Dienst gilt auch die Beschäftigung bei Verbänden von Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 64 Nr. 5 Abs. 2), sowie bei Vereinigungen, deren Einkünfte mit mehr als der Hälfte unmittelbar aus den Mitteln von Körperschaften des öffentlichen Rechtes fließen (a. a. O. zu a) oder deren Kapital mit mehr als der Hälfte sich im Eigentum von Körperschaften des öffentlichen Rechtes befindet (a. a. O. zu b).

Der DJuHT. ist vom BG. zu Recht als Verband von Körperschaften des öffentlichen Rechts i. S. des § 64 Nr. 5 BRÄndG. angesehen worden. Diese Ausführungen werden von der Rev. ohne Grund angegriffen. Ob der DJuHT. daneben auch die Voraussetzungen der Vereinigungen zu a) und b) der angezogenen Gesetzesstelle erfüllt, kann dahingestellt bleiben.

Der Versuch der Rev. zunächst, zwischen den „Verbänden" und den unter a) und b) genannten „Vereinigungen" einen sich ausschließenden Gegensatz zu konstruieren und den DJuHT. unter die Vereinigungen einzureihen, geht fehl. Die Verbände bestimmt das Gesetz nach einem personenrechtlichen Gesichtspunkt. Es kommt darauf an, ob ihre Mitglieder Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Die Vereinigungen unter a) und b) werden dagegen abgegrenzt nach wirtschaftlichen, vermögensrechtlichen Gesichtspunkten; entscheidend ist, woher ihre Mittel fließen, in wessen Händen ihr Kapital sich befindet. Es liegt auf der Hand, daß sich beide Begriffe überschneiden können. Erfüllt eine Organisation die Voraussetzungen eines Verbandes von Körperschaften des öffentlichen Rechtes, so kommt es also nicht mehr darauf an, ob sie möglicherweise gleichzeitig auch die Merkmale der unter a) und b) genannten Vereinigungen trägt.

Daß der DJuHT. vorwiegend ein Zusammenschluß von Körperschaften des öffentlichen Rechtes ist, wird auch von der Rev. nicht bemängelt. Sie will den DJuHT. deswegen als Verband ausschalten, weil er als eingetragener Verein bürgerlichen Rechts begründet war. Dann aber auch deswegen, weil er auch Körperschaften des Privatrechts satzungsgemäß als Mitglieder zuließ. Beide Angriffe gehen fehl.

Daraus zunächst, daß der DJuHT. in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins des bürgerlichen Rechts begründet war, läßt sich kein durchschlagendes Bedenken gegen seine Einreihung unter die Verbände von Körperschaften des öffentlichen Rechtes herleiten. Hier verficht die Rev. die Ansicht, „Verbände" müßten irgendwie im öffentlichen Recht „fundiert", d. h. begründet sein. Ihr ist zuzugeben, daß sich im früheren preußischen Kommunalrecht Ansätze für eine solche Beschränkung des Begriffs Verbände nachweisen lassen. Allgemein anerkannt ist dieser Sprachgebrauch aber nicht. Man hat z. B. im Arbeitsrecht früher ganz allgemein von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden gesprochen, obwohl es sich hier zweifellos um Vereinigungen auf rein privatrechtlicher Grundlage, in vielen Fällen sogar um nicht eingetragene Vereine gehandelt hat. Gemeinden, die sich oder von ihnen betriebene Werke als Arbeitgeber zur Wahrnehmung ihrer Belange verbunden sehen wollten, haben kommunale Arbeitgeberverbände auf rein privatrechtlicher Grundlage gebildet. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß das BRÄndG. entgegen diesem weiteren Sprachgebrauch nur Verbände in dem engeren Sinne, die also im öffentlichen Recht begründet sein müssen, meint. Gegen diese Einschränkung spricht der Zweck des Gesetzes. Die einschränkende Auslegung, die der erk. Sen. Ruhensvorschriften älteren Rechts gerade auch in dem früheren Revisionsverfahren des Kl. gegeben hatte, und zwar besonders in den Fällen, in denen sich öffentlich-rechtliche Körperschaften in bürgerlich-rechtlichen Formen zusammengefunden hatten, sollte mißbilligt werden. Gerade diese Fälle haben im BRÄndG. getroffen werden sollen, und zwar nicht nur durch die Vorschriften unter a) und b), sondern auch schon durch die Anführung der Verbände von Körperschaften des öffentlichen Rechts.

In diesem Zusammenhang soll auch darauf hingewiesen werden, daß nach neuestem Recht in den Anrechnungsvorschriften (DurchfVO. z. DBG. v. 29. Juni 1937 [RGBl. I, 699]) in Nr. 5 zu § 127 DBG. ausdrücklich bestimmt worden ist, daß Zusammenschlüsse jeder Art ohne Rücksicht auf die Rechtsform und Bezeichnung als Verbände von Körperschaften usw. des öffentlichen Rechtes anzusehen sind und daß eine Tätigkeit bei ihnen die Anrechnungspflicht auslöst. Beispielsweise wird hier übrigens gerade die Arbeitsgemeinschaft der Industrie- und Handelskammern in der Reichswirtschaftskammer (die Nachfolgeorganisation des DJuHT.) genannt.

Der DJuHT. hörte aber auch nicht, wie die Rev. weiter ausführt, deswegen auf, ein Verband von Körperschaften des öffentlichen Rechts zu sein, weil er auch Vereine des bürgerlichen Rechtes umfaßte. Daß die Verbände öffentlich-rechtlicher Körperschaften ausschließlich solche umfassen, kann nicht verlangt werden, ebenso wie es andererseits allerdings nicht genügen würde, wenn diese nur ebenso wie andere (natürliche und juristische) Personen Mitglieder sind. Die Verbände müssen durch die zugehörigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften gekennzeichnet werden. Diese müssen zahlenmäßig zweifellos weit überwiegen; der Verband muß eben dazu dienen, gerade die öffentlichen Zwecke dieser Körperschaften durch gemeinsame Betätigung zu fördern. Das war beides beim DJuHT. der Fall. Sein Zweck

war, Deutschlands Industrie und Handel zu fördern (§ 1 der Satzung). Die Möglichkeit, Vereine des Privatrechts aufzunehmen, war nach der Satzung nur beschränkt, auch zeitlich (§ 3 Abs. 2 der Satzung). Sie bestand nur solange und soweit, als nicht die Körperschaften des öffentlichen Rechts für das entsprechende Gebiet gebildet waren. Auch nach der abgeänderten Satzung des DJuhT. blieb die Möglichkeit, Vereine des Privatrechts aufzunehmen, nur beschränkt. Diese Möglichkeit war allerdings in der abgeänderten Satzung (§ 35) erweitert worden, aber doch nur dahin, daß die neu zugelassenen Vereinigungen (Wirtschaftsvertretungen im Ausland) außerordentliche Mitglieder mit nur beratender Stimme und ohne Beitragspflicht werden konnten. Daß die Kennzeichnung des DJuhT. als Vereinigung öffentlich-rechtlicher Körperschaften hierdurch verloren gegangen ist, kann nicht anerkannt werden.

Demnach war der DJuhT. als Verband von Körperschaften des öffentlichen Rechtes i. S. des § 64 Nr. 5, 7 BRAndG. anzusehen.

Daß das vom DJuhT. bezogene Ruhegehalt des Kl. das Höchstruhegehalt eines Ministerialdirigenten übersteigt, ist unter den Parteien außer Streit. Das beim Bekl. erdiente Ruhegehalt war demnach in voller Höhe einzubehalten.

(RG., III. ZivSen., U. v. 26. April 1938, III 132/37.) [Ba.]

Zivilprozeßordnung außer §§ 114—127 Zivilprozeßordnung

20. KG. — § 91 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für Privatgutachten. Voraussetzung für ausnahmsweise Erstattung solcher Kosten.

Im Gegensatz zur Auffassung des LG. können in diesem besonderen Falle ausnahmsweise die Kosten für die vom Kl. beigebrachten Privatgutachten nicht beanstandet werden. Zwar lehnt der Senat in ständiger Rspr. die Kosten eines von den Parteien beigebrachten Privatgutachtens im ordentlichen Verfahren als in der Regel nicht erstattungsfähig ab (vgl. grundsl. Entsch. v. 9. Dez. 1933 bei Gaedeke: KostRspr. 1938 Nr. 451). Der Senat hat jedoch schon mehrfach Ausnahmen, insbesondere dann anerkannt, wenn die eine Partei dadurch, daß die Gegenpartei ihrerseits mit Hilfe von Privatgutachten ihre Rechtsstellung im Prozeß vorteilhafter zu gestalten versucht, gleichsam zwangsläufig auch zu ihrem Teile auf diesen Weg der Prozeßführung gedrängt worden ist und schon, rein vorsorglich, den durch private Gutachten Sachverständiger belegten Ausführungen der Gegenseite auf gleiche Weise entgegenzutreten genötigt gewesen ist. Naturgemäß wird, da es § 91 ZPO. letzten Endes auf den objektiven Begriff der Notwendigkeit des Kostenaufwandes zur zweckentsprechenden Rechtwahrung abstellt, selbst eine solche Ausnahme nur dann in Frage kommen, wenn überhaupt bei den zur Entsch. stehenden Streitfragen vorwiegend technische, jedenfalls aber durch das Spezialwissen Sachverständiger zu klärende Zweifelspunkte im Vordergrund stehen. Diese Voraussetzung ist hier, wo es sich um Ansprüche aus einem Zusammenstoß zweier Kraftfahrzeuge handelt, erfüllt. Nachdem am 26. Jan. 1937 der Bekl. ein für die Versicherungsgesellschaft erstattetes umfangreiches Gutachten des Oberingenieurs H., welches unter Benutzung von Zeichnungen und photographischen Aufnahmen die technisch einschlägigen Fragen erörtert, überreicht hatte, hat der Kl. ausdrücklich mit der Begründung, „um seine Rechte zu wahren", ebenfalls ein Gutachten erfordern müssen und dieses zu den Akten überreicht. Ohne Rücksicht darauf, ob diese Gutachten dann auch vom Prozeßgericht für die Urteilsfindung verwertet worden sind, muß bei dieser Sachlage die Notwendigkeit, daß der Kl. sich gegen sachverständige Ausführungen im Gutachten des Oberingenieurs H. wehrte und zu diesem Zweck ebenfalls des Gutachtens eines Sachverständigen sich bediente, anerkannt werden. Im übrigen hat das Prozeßgericht die Ausführungen des Oberingenieurs H. zur Frage, ob der Kl. auf der Kreuzung zu schnell gefahren ist, als zutreffend anerkannt.

Gerade weil dieser Punkt zu Lasten des Kl. eine entscheidende Rolle gespielt und zur Zuerkennung seines Schadensersatzanspruchs nur zur Hälfte geführt hat, konnte der Kl. die Berufung hiergegen mit Aussicht auf Erfolg nur dann in schlüssiger Weise begründen, wenn er in durch sachverständige Ausführungen substantiierter Weise gegen diese Auffassung des Prozeßgerichts Stellung nahm. Zu diesem Zweck hat er das Gutachten und Ergänzungsgutachten des Diplom-Ingenieurs B. beigebracht. Auch bei einer solchen Sachlage hat der Senat im allgemeinen eine Ausnahme anerkannt und die Notwendigkeit der Beiziehung eines Privatgutachtens bejaht. Denn es ist davon auszugehen, daß bloße Ausführungen und Behauptungen der Partei selbst, die sich gegen derartige Feststellungen — sei es eines gerichtlichen, sei es eines privaten Sachverständigen — wenden und diese gerade in der Begründung eines Rechtsmittels erschüttern wollen, entweder von vornherein als nicht schlüssig oder doch als gegenüber dem Sachverständigengutachten nicht erheblich angesehen werden. Somit kann sehr wohl im Einzelfalle eine Partei genötigt sein, die Substantiierung ihrer Rechtsmittelbegründung mit Hilfe eines Privatgutachtens vorzunehmen.

Der Hinweis des Bekl., daß der Kl. ja gleichwohl die Richtigkeit der technischen Ausführungen seines Sachverständigen durch Antrag auf Herbeiziehung eines Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen unter Beweis gestellt habe, liegt neben der Sache. Denn, nicht darauf kommt es an, durch ein privates Gutachten bereits den Beweis zu erbringen, sondern, wie dargelegt, damit den eigenen Standpunkt in einwandfreier Weise schlüssig vorzutragen.

Infolgedessen hatte der Senat hier keine Bedenken, auch die Kosten für die Gutachten des Sachverständigen B. als erstattungsfähig anzuerkennen.

Eines Eingehens darauf, ob auch das — bisher zur Ausgleichung nicht angemeldete — Gutachten des Oberingenieurs H. zugunsten der Gegenpartei bei der Kostenfestsetzung mitzuberücksichtigen ist, bedurfte es hier deshalb nicht, weil eine solche Anmeldung bisher nicht erfolgt war und deshalb von den Vorinstanzen noch nicht hat berücksichtigt werden können.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 6. Aug. 1938, 20 W 3459/38.)

*

21. KG. — § 91 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für Privatgutachten.

Bereits in seiner Entsch. 20 W 3459/38 v. 6. Aug. 1938 (s. vorstehend Nr. 20) hat der Senat allerdings noch ausnahmsweise die Erstattung von Kosten für Privatgutachten für zulässig erklärt, nämlich dann, wenn eine Partei — gleichgültig, ob an sich notwendiger- oder überflüssigerweise — die zur Entscheidung stehenden technischen Fragen mit Hilfe des Gutachtens eines Sachverständigen erörtert, ihrerseits also zu einer Maßnahme greift, welche die Gegenpartei nötigt, ebenfalls in entsprechender Weise zu erwidern. Der Begriff der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung in § 91 ZPO. ist zwar ein objektiver. Bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit von Maßnahmen zur Durchführung des Prozesses kann aber gleichwohl nicht ein absoluter Maßstab, losgelöst von dem tatsächlichen Verlauf des Prozesses, angelegt werden. Vielmehr ist die Beurteilung naturgemäß bedingt durch den konkreten Verlauf und hat sich in dessen Rahmen einzufügen. Folglich ist auch die Art der Prozeßführung der einen oder anderen Partei für die Entscheidung darüber mit zu berücksichtigen, welche Maßnahmen der Gegenpartei im Einzelfalle zweckentsprechend erscheinen. Treibt also eine Partei den Rechtsstreit durch besondere Maßnahmen in eine Richtung, die von dem gewöhnlichen Verlauf abweicht, und gefährdet damit die verfahrensrechtliche Position der anderen Partei, falls diese sich ihrerseits — sei es auch nur vorsorglich — nicht entsprechend einstellt, dann wird im allgemeinen diese Einstellung der Gegenpartei mit ihren entsprechenden Maßnahmen nicht nur subjektiv für diese Partei notwendig, sondern auch objektiv betrachtet für die Durchführung des Prozesses zweckmäßig sein.

Das sind die Erwägungen, die den Senat veranlaßt haben, die Beibringung von Privatgutachten durch eine Partei, sofern es sich überhaupt um notwendigerweise durch einen Sachverständigen zu beurteilende Fragen handelt, jedenfalls dann als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gehörend anzuerkennen, wenn die Gegenpartei ihrerseits, sei es auch an sich überflüssigerweise, den Rechtsstreit mit Privatgutachten durchzuführen sucht.

Allerdings ist auch hier bereits die Einschränkung zu machen, daß die auf diese Weise angegriffene Partei sich mit gleichen Maßnahmen nur dann und nur insoweit wehren darf, als diese ihre (Abwehr-)Maßnahme im Verhältnis zur Maßnahme der anderen Partei notwendig erscheint, um so das prozessuale „Gleichgewicht" etwa herzustellen. Ein übermaß, sei es in zahlenmäßiger Hinsicht, sei es im Umfange des einzelnen Gutachtens, kann zugunsten der abwehrenden Partei Berücksichtigung nicht mehr finden. So hat auch der Senat bereits bei einstweiligen Verfügungsverfahren, bei denen zur Glaubhaftmachung die Beibringung eines Privatgutachtens im allgemeinen nicht zu beanstanden sein wird, bereits ausgesprochen, daß auch dieses Mittel der Glaubhaftmachung die notwendigen

Grenzen nicht überschreiten darf (zu vgl. Entsch. 20 W 7113/33 v. 1. Aug. 1933 bei Gaedeke: KostRspr. Nr. 452 B).

Legt man diese grundsätzlichen Erwägungen hier zugrunde, so ergibt sich folgendes: Die Bekl. hatten zur Rechtfertigung ihrer Berufung ein von dem Sachverständigen G. in dem gegen sie laufenden Ermittlungsverfahren erstattetes Gutachten vorgelegt. Dieses Gutachten hat der Kl. in seiner Berufungserwiderung v. 31. Jan. 1933 als unzulänglich angegriffen und zur Substantiierung dieser Angriffe und Widerlegung des gegnerischen Sachverständigen ein Gutachten des Sachverständigen B. vorgelegt. Dieses wiederum hat die Bekl. veranlaßt, ein weiteres Gutachten des Sachverständigen R. v. 14. Febr. 1933 einzuholen, auf welches ergänzend der Sachverständige B. erwidert hat. Insoweit kann die Zweckmäßigkeit des Vorgehens des Kl. nicht beanstandet werden. Die insoweit durch die Zuziehung des Sachverständigen B. dem Kl. entstandenen Kosten erscheinen daher als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.

Darüber hinaus bedurfte es nunmehr aber der Heranziehung weiterer Privatgutachten nicht mehr. Nunmehr waren die technischen Fragen, soweit sie durch Sachverständige geklärt werden mußten, mindestens soweit geklärt, daß damit eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung durch das Gericht, sei es auch gegebenenfalls nach Anhörung noch eines gerichtlichen Sachverständigen, gegeben war. Selbst wenn nunmehr die Gegenseite wiederum mit weiteren Gutachten hervortrat, konnte dadurch die Rechtsposition des Kl. nicht mehr derart gefährdet werden, daß er auch jetzt weiterhin noch der Hilfe eines Sachverständigen sich bedienen mußte. Die Führung des Rechtsstreits durch die Parteien darf niemals dahin ausarten, daß Privatgutachten wie Schriftsätze oder gar an Stelle von Schriftsätzen „gewechselt" werden. Solch Verfahren nähert sich schon einer mißbräuchlichen Benutzung des Prozeßführungsrechts, die kostenrechtlich unter keinen Umständen noch durch Bejahung der Zweckmäßigkeit der so erwachsenen Kosten gefördert werden kann.

Es ist deshalb auch unerheblich, ob und in welchem Umfange das Prozeßgericht im Urteil auf die im übrigen noch erstatteten Gutachten zurückgegriffen hat. Denn die Tatsache der Erwähnung und Mitheranziehung einmal im Prozeß vorliegenden Materials spricht für sich allein noch nicht unbedingt dafür, daß das Vorgehen der hierfür in Frage kommenden Partei auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen ist.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 26. Aug. 1938, 20 W 3652/38.)

*

22. KG. — §§ 91, 890 ZPO. Erstattungsfähigkeit von Kosten für Privatgutachten im Straffestsetzungsverfahren nach § 890 ZPO.

Die in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde, die sich gegen die Festsetzung von Kosten für ein vom Kl. beigebrachtes Privatgutachten wendet, konnte sachlich keinen Erfolg haben. Denn die Erwägungen des LG. rechtfertigen hier die ausnahmsweise Zubilligung dieser Kosten. Die von der BeschwF. für sich in Anspruch genommene Rechtsprechung des Senats zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Kosten für private Gutachten im ordentlichen Verfahren (Entsch. v. 9. Dez. 1933 bei Gaedeke: KostRspr. 1938 Nr. 451) geht zwar in der Tat dahin, solche Kosten in der Regel als nichterstattungsfähig zu bezeichnen und Ausnahmen nur bei besonderen Umständen, z. B. bei fehlender eigener Sachkunde in technischen Fragen, bei der notwendigen Widerlegung eines gerichtlichen Sachverständigen, zuzulassen. Hier ist indes zu berücksichtigen, daß es sich nicht mehr um den ordentlichen Prozeß, sondern um ein Straffestsetzungsverfahren nach § 890 ZPO. handelt. Wie bereits für Arrest- und einstweilige Verfügungsprozesse, in welchen es sich um die Beibringung von Glaubhaftmachungsmitteln handelt (Entsch. v. 25. Mai 1935 bei Gaedeke Nr. 452), so ist auch für Straffestsetzungsverfahren der vorliegenden Art von vornherein die Frage der Erstattungsfähigkeit von Kosten für Privatgutachten nach einem anderen Maßstab zu beurteilen als im ordentlichen Prozeßverfahren. Denn in diesem regelmäßig ohne mündliche Verhandlung geführten Beschlußverfahren bedarf es des Nachweises der behaupteten Zuwiderhandlung. Es kann durchaus einer Erleichterung und Vereinfachung des Verfahrens dienen, wenn der Antragsteller seine Behauptungen sogleich zu erhärten vermag. Diesem Zweck hat das vom Kl. mit seinem Straffestsetzungsantrag überreichte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L. gedient, durch welches bestätigt werden sollte, daß die von der Bekl. nach Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß hergestellten und vertriebenen Lautsprecherchassis die Merkmale des Tenors des ergangenen rechtskräftigen Urteils aufweisen. LG. hat dann auch in seinem Straffestsetzungsbeschluß gerade diese für die Bejahung einer Zuwiderhandlung ausschlaggebende Frage eingehend erörtert unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß seine Feststellungen sich mit den Ausführungen des überreichten Gutachtens decken, dem das LG. unbedenklich beitrete. Daraus muß entnommen werden, daß jedenfalls mit Rücksicht auf das überreichte Gutachten LG. weitere beweismäßige Feststellungen nicht erforderlich erschienen sind. Allein damit wird aber die Zweckmäßigkeit dieser Maßnahme des Kl. dargetan.

Der Hinweis der Bekl., daß der Kl. selbst Ingenieur und Patentinhaber, somit sachverständig genug sei, spricht keineswegs gegen die Zweckmäßigkeit der Beiziehung eines Gutachtens. Denn es kam in diesem Verfahren nicht nur darauf an, eine Zuwiderhandlung des Bekl. schlüssig zu behaupten — was der Kl. allein allerdings hätte tun können —, sondern darauf, darüber hinaus bereits den Nachweis für eine solche Zuwiderhandlung zu führen. Dazu hätten aber die bloßen Ausführungen des Kl. allein aller Voraussicht nach nicht ausgereicht.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. Aug. 1938, 20 W 3670/38.)

*

23. LG. — § 640 ZPO. Eine Klage auf Feststellung des Bestehens des Eltern- und Kindschaftsverhältnisses und auf Feststellung des Geburtsdatums kann auf § 640 ZPO. gestützt werden. †)

Der Kl. behauptet, der beklagte Ehemann habe sich als Berufsmusiker bei Ausbruch des Krieges auf einer Konzertreise durch Litauen und Rußland befunden und sei dort interniert und nach Werchne-Uralsk in Sibirien verbracht worden. Dort sei er — der Kl. — am 11. Aug. 1918 als ehelicher Sohn der Bekl. geboren worden. Die Geburt sei unter dramatischen Umständen vor sich gegangen. In Werchne-Uralsk hätten Revolutionswirren geherrscht, der Ort sei ein Trümmerhaufen gewesen. Die Behörden seien geschlossen und die Beamten geflüchtet gewesen. Eine urkundliche Bescheinigung über seine Geburt sei weder von einer russischen Behörde oder Kirche noch von einer diplomatischen Vertretung oder Konsulatsbehörde zu erlangen gewesen. Nachdem es den Bekl. zwei Jahre später gelungen sei, über die deutsche Grenze zu kommen, hätten sie sich vergeblich bemüht, eine Eintragung seiner — des Kl. — Geburt in ein Standesregister zu erreichen.

Der Kl. beantragt, festzustellen, daß er am 11. Aug. 1918 in Werchne-Uralsk (Sibirien) als ehelicher Sohn der deutschen Reichsangehörigen, katholischer Konfession, namens ... und seiner Ehefrau ... geboren sei.

Die Bekl. sind in dem Rechtsstreit nicht vertreten. Im Armenrechtsverfahren haben sie die Behauptungen der Klage ausdrücklich als richtig anerkannt und dargetan, daß der jetzt vom Kl. auf ihre Veranlassung beschrittene Weg die einzige Möglichkeit darstelle, dessen eheliche Abstammung alsbald nachzuweisen.

Die Klage ist gerechtfertigt.

Es handelt sich vorliegend um eine Klage auf Feststellung des Bestehens des Eltern- und Kindesverhältnisses und Feststellung des Geburtsdatums (§ 640 ZPO.). Daß sich eine Klage nach § 640 ZPO. auch auf Feststellung des Geburtsdatums richten kann, muß bejaht werden (vgl. Jonas, 1934 zu § 640).

Für den Kl. besteht auch ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung seiner ehelichen Abstammung von den Bekl. Ein solches Interesse an den nach § 640 ZPO. zu treffenden Feststellungen ist bereits in früheren Zeiten regelmäßig als gegeben angenommen worden. Um so mehr muß dies im heutigen nationalsozialistischen Staat gelten, wo die Feststellung der Abstammung für jeden Deutschen von schlechthin entscheidender Bedeutung für sein ganzes Leben ist. Im übrigen stellt die vorliegende Klage für den Kl. die zur Zeit einzige Möglichkeit dar, die standesamtliche Eintragung seiner Geburt zu erreichen. Das neue PersStG. v. 3. Nov. 1937 (RGBl. S. 1146) sieht in seinem § 41 zwar eine andere Möglichkeit vor; jedoch tritt dieses Gesetz erst am 1. Juli 1938 in Kraft (vgl. § 71 a. a. O.), und dem Kl., der sein Armenrechtsgesuch für die vorliegende Klage bereits im Nov. 1937 eingereicht hat, ist nicht zuzumuten, bis zu diesem Termin zu warten. Der Kl., der unter anderem unmittelbar vor der Aushebung zum aktiven Wehrdienst steht und aus der Hitlerjugend in die Partei aufgenommen werden möchte, hat vielmehr Anspruch darauf, sobald wie nur eben möglich, in die Lage versetzt zu werden, den Nachweis seiner Abstammung führen zu können. Unter dem zur Zeit noch geltenden Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung von 1875 bietet die vorliegende Klage die einzige Möglichkeit hierzu.

Das Feststellungsinteresse des Kl. kann auch nicht deshalb verneint werden, weil die Bekl. die Angaben des Kl. nicht be-

streiten, vielmehr unter ausdrücklicher Anerkennung seiner Behauptungen, den Kl. zur Erhebung der vorliegenden Klage veranlaßt zu haben. Bei einer Klage nach § 640 ZPO. kommt es auf ein Feststellungsinteresse gegenüber dem Prozeßgegner nicht an, da es sich um eine Statusklage mit Wirkung für und gegen alle handelt. Gemäß dem in § 640 ZPO. angeführten § 617 Abs. 1 u. 3 ZPO. ist der Verhandlungsgrundsatz in demselben Umfang ausgeschlossen wie im Ehenichtigkeitsverfahren, so daß es z. B. für kindschaftsfreundliche und -feindliche Tatsachen kein bindendes Geständnis gibt. Es gilt vielmehr der Untersuchungsgrundsatz des § 622 ZPO.

Die Klage ist auch tatsächlich begründet.

Die „Trauung" der Bekl. vor einem römisch-katholischen Geistlichen in Rußland ist gemäß Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. als formgültige Eheschließung anzusehen (vgl. Staudinger, EGBGB. zu Art. 13). Die Bekl. sind somit seit dem 29. Nov. 1916 rechtmäßige Eheleute.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme besteht ferner kein Zweifel, daß der Kl. am 11. Aug. 1918 in Werchne-Urlask (Sibirien) von der beklagten Ehefrau geboren ist. Wenn auch die vernommenen Zeugen lediglich angeben können, daß die Geburt des Kl. im Aug. 1918 stattgefunden hat, dagegen den Monatstag nicht mehr in Erinnerung haben, so muß doch nach den eigenen Angaben der Bekl. als festgestellt gelten, daß allein der 11. Aug. 1918 als Tag der Geburt in Betracht kommt. Ist der Kl. aber — wie angegeben — von der beklagten Ehefrau geboren worden, dann ist er auch gemäß § 1591 BGB. der eheliche Sohn der Bekl.

(LG. Wuppertal, Urt. v. 7. April 1938, 2 a R 143/37.)

Anmerkung: Der Entsch. des LG. Wuppertal ist beizutreten. Bedenken erweckt die Entsch. nur insoweit, als in ihr ausgeführt wird, daß sich der Kl. aus § 640 ZPO. auch auf Feststellung des Tages der Geburt richten könne. Das halte ich nicht für richtig; denn die Feststellung des Tages der Geburt ist die Feststellung einer bloßen Tatsache, zu der die Gerichte nicht berufen sind. Die Entsch. beruft sich auch zu Unrecht auf das Erläuterungsbuch von Jonas. Dieses führt (Erl. I 1 zu § 640 ZPO.) lediglich aus: „Eine solche Klage kann sich darauf stützen, daß das bisher angenommene Datum der Geburt unrichtig ... sei." Es ist dort aber nicht gesagt, daß sich die Klage auf Feststellung des Geburtsdatums richten könne. Der Tag der Geburt muß gewiß häufig von dem Gericht festgestellt werden, da von ihm es abhängen kann, ob das Kind ehelich ist oder nicht. Diese Feststellung wird aber immer nur inzidenter getroffen.

In der Entsch. ist im übrigen schon ausgeführt, daß nach dem neuen PersStG. v. 3. Nov. 1937 die Möglichkeit gegeben ist, die Geburt des Kl. noch nachträglich zu beurkunden.

OLGRat Maßfeller, Berlin.

Armenrecht und §§ 114—127 Zivilprozeßordnung

24. KG. — §§ 40, 41 RAO.; § 567 ZPO. Kein Beschwerderecht des ArmAnw. gegen die Aufhebung seiner Beiordnung auf Antrag der Partei, weil er seine Pflichten als ArmAnw. verletzt habe. †)

Dem Bekl. ist für das beim LG. schwebende Betragsverfahren durch Beschl. des LG. v. 16. Dez. 1936 das Armenrecht bewilligt und der BeschwF. RA. B. als ArmAnw. beigeordnet worden. In dem Beweisaufnahmetermin vor dem LG. vom 1. Nov. 1937 hat RA. B. den Antrag gestellt, ihn als ArmAnw. abzuberufen, weil der Bekl. ihm mitgeteilt habe, daß er sein Vertrauen infolge Fernbleibens von Beweisterminen nicht mehr besitze. Durch Beschluß der Kammer vom gleichen Tage ist jedoch dieser Antrag des RA. B. mangels ausreichender Begründung abgelehnt worden. Demnächst hat der Bekl. selbst am 30. Nov. 1937 den Antrag gestellt, den RA. B. seines Amtes als ArmAnw. zu entheben und den RA. C. als ArmAnw. beizuordnen. Durch den angefochtenen Beschl. v. 17. Dez. 1937 ist daraufhin die Beiordnung des RA. B. als ArmAnw. des Bekl. aufgehoben worden, weil er schon seit mehreren Monaten nicht mehr an den vor dem beauftragten Richter stattfindenden Beweisaufnahmeterminen teilgenommen habe und dem Bekl. daher zu glauben sei, daß sein Vertrauen in die Tätigkeit des RA. B. erschüttert sei. An seiner Stelle ist dem Bekl. antragsgemäß der RA. C. als ArmAnw. beigeordnet worden.

Gegen diesen Beschluß hat RA. B. Beschw. eingelegt.

Die Beschw. mußte als unzulässig verworfen werden, weil nach Ansicht des Senats dem Anwalt in einem Falle der vorl. Art ein Beschwerderecht nicht zusteht.

Der Fall, daß der als ArmAnw. beigeordnete Rechtsanwalt nachträglich auf Antrag der Partei wieder abberufen wird, ist in der RAO. nicht ausdrücklich erwähnt. Demgemäß findet sich in ihr auch keine Bestimmung darüber, ob in einem solchen Falle dem Anwalt eine Beschw. gegen seine Abberufung gewährt ist. Ein Beschwerderecht ist vielmehr nur im § 40 RAO. der Partei gegen die Entsch., durch welche die Beiordnung eines Rechtsanwalts abgelehnt wird, und im § 41 a. a. O. der Partei sowie dem Rechtsanwalt gegen die die Auswahl des ArmAnw. enthaltene Verfügung des Vorsitzenden eingeräumt. Darüber hinaus wird man allerdings sowohl der Partei wie auch dem Anwalt ein Beschwerderecht zubilligen müssen, wenn ein von ihnen gestellter Antrag auf Enthebung des Anwalts von der Beiordnung vom Gericht abgelehnt wird (so auch Noack, „RAO.", § 41 Anm. 8). Demgemäß würde RA. B. gegen den Beschluß des LG. v. 1. Nov. 1937, durch den sein eigener Antrag, ihn als ArmAnw. des Bekl. abzuberufen, abgelehnt worden ist, ein Beschwerderecht gehabt haben. In dem vorl. Falle dagegen, in welchem dem Antrage der Partei, seine Beiordnung als ArmAnw. aufzuheben, stattgegeben worden ist, kann ein Beschwerderecht des Anwalts nicht anerkannt werden. Es widerspräche dies dem Grundsatze des § 567 ZPO., nach welchem das Rechtsmittel der Beschw., abgesehen von den in dem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen, nur gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entsch. stattfindet, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist. Auf die Bestimmungen der ZPO. ist aber in den §§ 40, 41 RAO. ausdrücklich verwiesen (so auch das RG. in dem ähnlich liegenden Falle in JW. 1911, 49 [42]).

Das Beschwerderecht des Anwalts kann aber auch nicht unmittelbar aus § 41 hergeleitet werden, da seine Beschw. sich nicht gegen seine Auswahl, sondern gerade umgekehrt gegen seine Enthebung von seinem Amte als ArmAnw. richtet (vgl. RG. a. a. O.).

Die Versagung der Beschw. gegen den seine Beiordnung aufhebenden Beschluß hat aber auch keine wesentlichen Nachteile für den BeschwF. im Gefolge, da die Frage, ob ihm trotzdem ein Anspruch auf seine Armenanwaltsgebühren erwachsen ist, in dem besonderen hierauf sich beziehenden Verfahren, für welches der hier beschließende Senat nicht zuständig ist, nachzuprüfen ist.

Demnach mußte die Beschw. gegen den Beschl. v. 17. Dez. 1937 als unzulässig verworfen werden, und zwar auf Kosten des BeschwF. (§ 38 Abs. 2 GKG.).

(KG., 30. ZivSen., Beschl. v. 31. Mai 1938, 30 W 2231/38.)

*

25. KG. — §§ 1, 4 ArmAnwG. Grundsätzlich trägt das Prozeßgericht die Verantwortung für die das Armenrecht betreffenden Maßnahmen. Seine Entscheidungen sind im Kostenverfahren nicht nachprüfbar. Das gilt also auch, wenn das Prozeßgericht wegen Verschuldens des erstbeigeordneten ArmAnw. einen anderen ArmAnw. beiordnet. Es ist dann von verschuldetem Anwaltswechsel auszugehen. †)

Der Sachverhalt ergibt sich aus vorstehender Entsch. des 30. ZivSen. des KG. v. 31. Mai 1938.

Den von RA. B. gestellten Antrag auf Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen aus der Reichskasse hat der UrkB. abgelehnt, weil aus der Begründung des landgerichtlichen Beschlusses ohne weiteres zu entnehmen sei, daß RA. B. den Anwaltswechsel verschuldet und somit einen Anspruch gegen die Reichskasse nur insoweit habe, als die ihm erwachsenen Gebühren nicht auch für den neu bestellten ArmAnw. entstanden seien. Da dies noch nicht in vollem Umfange feststehe, müsse die Entsch. zunächst noch ausgesetzt bleiben.

Die Erinnerung des RA. B. gegen diesen Beschluß ist vom LG. am 2. Mai 1938 zurückgewiesen worden. Es hat die Beurteilung durch den UrkB. für zutreffend erachtet.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die gemäß § 4 ArmAnwG. i. Verb. m. § 4 GKG. und § 567 ZPO. zulässige Beschw., die sachlich indes keinen Erfolg haben konnte.

Der BeschwF. hat gegen den seine Beiordnung aufhebenden Beschl. v. 17. Dez. 1937 gleichfalls Beschw. eingelegt. Diese Beschwerde ist durch Beschl. des 30. ZivSen. des KG. v. 31. Mai 1938 (vgl. vorstehend) als unzulässig verworfen worden, weil weder eine Beschw. nach § 567 ZPO., noch eine solche nach den Sonderbestimmungen der RAO. (§ 41 daselbst) gegeben sei. Dieser Beschluß verweist darauf, daß durch die Versagung der Beschwerde wesentliche Nachteile für den BeschwF. insofern nicht erwachsen könnten, als die Frage, ob ihm trotzdem ein Anspruch auf seine Armenanwaltsgebühren erwachsen sei, in dem gegen den Beschl. des LG. v. 2. Mai 1938 anhängigen Beschwerdeverfahren nachzuprüfen sei.

Dieser Rechtsauffassung vermochte sich jedoch der nunmehr entscheidende Senat nicht anzuschließen. Maßgebend für die Beurteilung des Ersatzanspruchs des ArmAnw. an die Reichskasse ist in erster Reihe die vom Prozeßgericht als solchen getroffene Entsch., sowohl was den Grund als auch was den Umfang — dazu gehört auch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens, d. h. eine etwaige Rückwirkungsanordnung — des Ersatzanspruchs anlangt. Diese Entsch. des Prozeßgerichts ist für die Festsetzung der Armenanwaltsgebühren grundsätzlich und schlechthin bindend (so die ständige Rspr. des Senats, zu vgl. Entsch. v. 25. Mai 1932 bei Gaedeke, „KostRspr." 1938 Nr. 616). Entsprechendes muß auch für den gegenteiligen Akt, die Aufhebung der Armenrechtsbewilligung im ganzen oder nur in bestimmten Auswirkungen, so also auch in bezug auf die Beiordnung des bisher tätigen ArmAnw., gelten. Hierzu hat der Senat bereits folgenden Grundsatz ausgesprochen:

„Hat das Prozeßgericht ohne Prüfung der Notwendigkeit der Beiordnung eines anderen Anwalts an Stelle des bisher beigeordneten Anwalts einen weiteren Anwalt beigeordnet, dann ist im Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. bzgl. des Ersatzanspruchs des neu beigeordneten Anwalts die Notwendigkeit seiner Beiordnung nicht zu prüfen. Sein Ersatzanspruch kann also nicht wegen fehlender Notwendigkeit des Anwaltswechsels abgelehnt, eine Korrektur jetzt also nicht mehr vorgenommen werden" (Entsch. vom 24. April 1937 bei Gaedeke, „KostRspr." 1938 Nr. 644).

Dieser Grundsatz kann indes nur dann Geltung beanspruchen, wenn nicht das Prozeßgericht ausdrücklich aus bestimmten Gründen, die ihrerseits zugleich die Feststellung eines Verschuldens des ArmAnw. und so die Rechtfertigung für die vom Prozeßgericht ergriffene Maßnahme enthalten, die Beiordnung des bisher einer Partei zur Verfügung gestellten ArmAnw. aufhebt und statt dessen einen anderen ArmAnw. beiordnet. Die Verantwortung für die Berechtigung dieser Maßnahme trägt, wie die oben erwähnte Entsch., fernerhin die Entsch. des Sen. v. 6. Nov. 1935 (bei Gaedeke Nr. 643) bereits eindeutig ausspricht, ausschließlich das allein hierfür zuständige Prozeßgericht. Aus diesem Grunde hat der Senat auch abgelehnt, durch Versagung des Ersatzanspruchs für einen vielleicht überflüssigerweise neu beigeordneten ArmAnw. eine Korrektur der Anordnung des Prozeßgerichts herbeizuführen. Es ist danach nur folgerichtig, daß für das Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG., das in den Händen des UrkB. liegt, auch eine ausdrücklich das Verschulden des bisherigen ArmAnw. an der Aufhebung seiner Beiordnung feststellende Entsch. des Prozeßgerichts nicht nachprüfbar, sondern schlechthin der gebührenrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist. Sache des von einer solchen Aufhebungsmaßnahme betroffenen ArmAnw. ist es daher, gegebenenfalls diese Maßnahme des Prozeßgerichts, sei es überhaupt, sei es in ihrer Begründung, rückgängig zu machen. Ob und inwieweit daher der Entsch. des 30. ZivSen. dahin gefolgt werden kann, daß eine solche Anordnung des Prozeßgerichts unanfechtbar ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls bestand für den jetzt allein im Rahmen des Festsetzungsverfahrens aus § 4 ArmAnwG. entscheidenden Senat keine rechtliche Handhabe, die Aufhebung des Prozeßgerichts wegen schuldhaften Verhaltens des RA. B. auf ihre Berechtigung nachzuprüfen und etwa gegenteilig festzustellen, daß ein Verschulden an dem Anwaltswechsel dem RA. B. nicht zur Last falle.

Damit ist für die Entsch. über den Festsetzungsantrag davon auszugehen, daß RA. B. den Anwaltswechsel verschuldet hat, eine Entsch., zu der übrigens, wie ergänzend bemerkt sei, angesichts des aktenmäßig feststehenden Sachverhalts auch der Senat hätte gelangen müssen. Für diesen Fall hängt aber, wie die Vorinst. im Anschluß an die ständige Rspr. des Senats (zu vgl. grundsl. Entsch. v. 16. Nov. 1935 bei Gaedeke, „KostRspr." Nr. 646) zutreffend angenommen haben, der Ersatzanspruch des ausgeschiedenen ArmAnw. davon ab, ob und in welchem Umfange die gleichen Gebühren auch für den neu eintretenden ArmAnw. erwachsen sind. Insoweit ist in Anwendung des Grundsatzes des § 628 BGB. der ausscheidende ArmAnw. seines Gebührenanspruchs verlustig gegangen.

Auch die Aussetzung der Entsch., weil die Höhe der neu erwachsenden Gebühren noch nicht endgültig feststeht, entspricht der vorgenannten Entsch. des Senats.

Die Beschw. mußte daher kostenpflichtig (§ 38 Abs. 2 GKG.) zurückgewiesen werden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. Juni 1938, 20 W 2751/38.)

Anmerkung: Die beiden vorstehenden Entsch. des 30. und 20. ZivSen. des KG. müssen gemeinsam betrachtet und beurteilt werden, wenn man ihre Tragweite richtig verstehen will. Sie sind in ihrer Auswirkung für die Anwaltschaft einfach unannehmbar. Hier wird ein Zuständigkeitsstreit, und zwar leider ein negativer Kompetenzkonflikt auf dem Rücken des ArmAnw. ausgetragen. Denn es wird dem ArmAnw. verwehrt, eine ihn in schwerster Weise belastende, gegen ihn einen moralischen Tadel aussprechende und damit zugleich seine Standesehre berührende Entsch., die aber weiterhin für ihn auch von einschneidenden vermögensrechtlichen Folgen ist, zur Nachprüfung einer höheren Instanz zu stellen. Das kann selbstverständlich nicht rechtens sein, am allerwenigsten, wenn damit sogar automatisch der Verlust des Gebührenanspruchs verbunden wird. Denn das ist, praktisch jedenfalls, die Folge der doppelt ablehnenden Stellungnahme beider Senate. Mindestens hatte, nachdem die erste ablehnende Entsch. vorlag, der KostSen. einen Weg finden müssen, nunmehr im Gebührenverfahren die sachliche Nachprüfung darüber zu ermöglichen, ob mit Recht von einem Verschulden des ArmAnw. auszugehen sei. Theoretisch mag der Standpunkt des KostSen. sogar unanfechtbar sein, praktisch bleibt er trotzdem in Fällen wie den vorliegenden restlos unbefriedigend. Und das ist doch schließlich das allein wesentliche. Meines Erachtens hätte also eine unbedingte Bindung durch die Entlassungsverfügung des Prozeßgerichts, richtiger durch die Gründe dieser Verfügung nicht bejaht werden dürfen. Dann wäre dem Anwalt das Recht der sachlichen Nachprüfung jedenfalls in vermögensrechtlicher Beziehung gesichert worden.

Damit würde allerdings seinen berechtigten Ansprüchen noch nicht genügt sein. Denn darüber hinaus muß der ArmAnw. das Recht der Rehabilitierung haben. Die scharfsinnigsten formellrechtlichen Erwägungen werden niemals davon überzeugen können, daß die Rechtsordnung, in diesem Fall die RRAO., ihm dieses Recht versagt. In Wahrheit tut sie es auch gar nicht. Schon wenn man die Begründung der Entsch. des 30. ZivSen. liest, springt einem deren Anfechtbarkeit in die Augen. In dem Satz, daß auch § 41 nicht unmittelbar anzuwenden sei, da die Beschw. sich nicht gegen die Auswahl, sondern umgekehrt gegen die Enthebung vom Amt als ArmAnw. richte. Hier dürfte denn doch wohl der Begriff der Auswahl viel zu einseitig aufgefaßt werden. Auswahl unterscheidet sich zwar an sich begrifflich von Beiordnung. Denn letztere gehört zu den Funktionen des Gerichts, erstere dagegen zu denen des Vorsitzenden. Die Enthebung vom Amte als ArmAnw. enthält folglich, besonders, wenn zugleich ein anderer ArmAnw. bestellt wird, zugleich eine Änderung der bisherigen Auswahl. Änderung der Auswahl wird aber selbstverständlich von dem Oberbegriff Auswahl mit umfaßt. Folglich muß der davon betroffene Anwalt sich dagegen unmittelbar mit der Beschw. aus § 41 wehren können. Es bedarf aber gar nicht erst irgendwelcher Erörterungen darüber, ob nach dem allgemeinen Grundsatz des § 567 ZPO. ein Beschwerderecht gegeben sein könnte. Denn das besondere Beschwerderecht des § 41 macht solche Erörterungen überflüssig.

Die getroffene Entsch. wird auch nicht dadurch überzeugender, daß sie sich auf eine Entsch. des RG.: JW. 1911, 49[42] beruft.

Selbst wenn die Fassung der RRAO. bei der Anfechtbarkeit der Auswahl des ArmAnw. wirklich ursprünglich nur an das Ermessen des Vorsitzenden gedacht haben sollte, so hält sich auch bei Rückgängigmachung der getroffenen Auswahl die Beschw. hiergegen trotzdem immer noch innerhalb der ursprünglichen ratio des Gesetzes. Darüber hinaus würde aber in jedem Falle mindestens eine entsprechende, nämlich ausdehnende Anwendung des § 41 auf Fälle der Amtsenthebung des ArmAnw. Platz greifen müssen, wenn man wirklich annehmen wollte, die RRAO. habe hier eine empfindliche Lücke gelassen. Diese muß dann eben geschlossen werden. Sie kann in einer dem gesunden Rechtsempfinden entsprechenden Weise nur durch Zulassung der Beschw. geschlossen werden. Andernfalls wäre der ArmAnw., der sich gegen die weniger einschneidende Maßnahme seiner Beiordnung zur Wehr setzen kann, gegenüber der außerordentlich einschneidenden Maßnahme seiner Enthebung vom Amte, noch dazu aus ehrenrührigen Gründen, macht- und rechtlos. Die Anwaltschaft darf wohl das Vertrauen zur RRAO. haben, daß dies bestimmt nicht i. S. der gesetzlichen Regelung liegt.

RA. Kubisch, Lübben (Spreewald).

*

26. OLG. — § 39 RAO. Zur Frage der Beiordnung eines besonderen Beweis-Armenanwalts.

Zur Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins ist grundsätzlich der prozeßbevollmächtigte Armenanwalt berufen. Ihm sind auch regelmäßig die durch Wahrnehmung des Termins entstandenen Reisekosten zu erstatten (§ 1 Abs. 3 ArmAnwG.). Dagegen macht § 39 RAO. in der Fass. vom 21. Febr. 1936 die Beiordnung eines besonderen Anwalts zur Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins vom

Vorliegen „besonderer Umstände" abhängig. Als solche kommen namentlich die in der Schwierigkeit der Aufklärung beruhende Notwendigkeit einer anwaltlichen Unterstützung der armen Partei im Beweistermin und daneben die Verhinderung ihres Prozeßanwalts in Frage.

Die Beweisaufnahme bot, wenn auch der Beweissatz weit und allgemein gefaßt war, keine Schwierigkeiten. Die für den Zeugen leicht verständliche und leicht zu erfüllende Aufgabe war, sich über etwaige frühere geschlechtliche Beziehungen zu der Kl. zu äußern. Sache des vernehmenden Richters, für den die Bedeutung der Aussage bei der einfachen Prozeßlage ohne weiteres erkennbar war, war es, über die Schilderung des Zeugen hinaus die zur Aufklärung über die Art des Verhältnisses notwendigen Fragen zu stellen. Die Kl. konnte und mußte zu dem ersuchten Richter das Vertrauen haben, daß er auch ohne Anwesenheit eines sie unterstützenden Anwalts die zur vollständigen Klarstellung erforderlichen Fragen stellen würde. Der Gefahr einer falschen, sie belastenden Aussage konnte die Kl., die in W. wohnt, durch ihr persönliches Erscheinen am ehesten vorbeugen.

Daß der Prozeßanwalt am Erscheinen zum Beweistermin verhindert war, vermag die Kl. nicht darzutun.

Die Tatsache, daß dem Prozeßanwalt die Reisekosten nach W. vielleicht erstattet worden wären und daß die ermäßigten Anwaltsgebühren für einen besonderen Anwalt, die von der Justizkasse auszuzahlen gewesen wären — nicht auch die vom Gegner zu erstattenden vollen Gebühren — noch etwas geringer sind als diese Reisekosten, kann allein nicht zur Bestellung eines besonderen Anwalts genügen. Denn das würde dazu führen, daß immer dann ein besonderer Anwalt zu bestellen wäre, wenn das für den Justizfiskus günstiger wäre. Das aber kann nicht der Sinn des § 39 Abs. 2 RAO. sein, der es sicher ausdrücklich gesagt haben würde, wenn das gewollt wäre. Diese Auffassung des Senats soll nicht ausschließen, daß auch einmal fiskalische Gesichtspunkte, z. B. ganz unverhältnismäßig höhere Kosten einer Reise des Prozeßanwalts in Verbindung mit der Notwendigkeit einer Terminswahrnehmung durch einen Anwalt als „besondere Umstände" anzusehen sein können.

(OLG. Köln, 4. ZivSen., Beschl. v. 26. Juli 1938, 4 W 138/38.)

*

27. KG. — § 124 ZPO.; §§ 202, 218, 219, 242 BGB.

1. Die Verjährung des Gebührenanspruchs des ArmAnw. gegen seine Partei ist während der Armenrechtsbewilligung gehemmt. Die Hemmung wird erst durch den Nachzahlungsbeschluß beseitigt.

2. Die Verjährungsfrist für den Beitreibungsanspruch des ArmAnw. aus § 124 ZPO. beträgt 30 Jahre.

3. Eine Verwirkung des Beitreibungsanspruchs ist nur ausnahmsweise denkbar, wenn besondere, vom Kostenschuldner im einzelnen darzulegende und nachzuweisende Tatumstände die Durchführung des Anspruches, insbes. mit Rücksicht auf die verflossene lange Zeit, als eine dem gesunden Rechtsempfinden widersprechende, wider Treu und Glauben verstoßende und deshalb unzulässige Rechtsausübung erscheinen lassen. †)

Für das Beitreibungsrecht des ArmAnw. im eigenen Namen gemäß § 124 ZPO. ist eine besondere Verjährungsfrist nicht vorgesehen. Die Verjährung richtet sich daher nach der Verjährung des Kostenerstattungsanspruches aus § 91 ZPO., aus welchem sich das besondere Beitreibungsrecht herleitet, und für diesen wiederum gilt nach §§ 218, 219 BGB. die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren, gleichviel ob der Kostentitel ein rechtskräftiges Urteil oder ein vollstreckbarer Vergleich war. Die Verjährung ist daher nicht eingetreten.

Der Hinweis des Bekl., daß die Kl. ihrem früheren Prozeßbevollmächtigten gegenüber die Einrede der Verjährung seines Gebührenanspruches an sie als seine Partei durch Schreiben vom 23. April 1938 erhoben hat, kann zu einem dem BeschwF. günstigeren Ergebnisse nicht führen. Zwar ist es richtig, daß mit dem Gebührenanspruche des Anwalts an seine eigene Partei auch sein Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. entfällt. Denn nur die seiner Partei entstandenen Kosten kann der ArmAnw. auf diesem Wege gegen den unterlegenen Gegner geltend machen. Da aber durch die Armenrechtsbewilligung gemäß § 115 ZPO. die arme Partei die einstweilige Befreiung von der Kostenzahlungspflicht, mithin eine gesetzliche Stundung der Armenanwaltskosten, erhält, welche erst durch einen Nachzahlungsbeschluß aus § 125 ZPO. beendigt wird, tritt auch die Fälligkeit des Gebührenanspruches nicht vor Erlaß des Nachzahlungsbeschlusses ein, und die Verjährung des Gebührenanspruches ist nach § 202 BGB. bis zu diesem Zeitpunkte gehemmt, da die arme Partei bis dahin berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Für die Verjährung des Gerichtskostenanspruches hat der Senat das bereits ausgesprochen (Beschl. v. 17. Aug. 1935, 20 W 5135/35 und Wa 184/35; Gaedeke, „KostRspr." 1938 Nr. 573; JW. 1935, 3044). Das gleiche muß aber auch von dem Gebührenanspruche des beigeordneten ArmAnw. an seine Partei gelten. Ist deren Verjährungseinrede unbegründet, so kann auch der erstattungspflichtige Gegner sich auf die Erhebung dieser Einrede durch die arme Partei nicht berufen (ebenso Gaedeke, „ArmAnwG." S. 286/287). Im vorl. Falle ist ein Nachzahlungsbeschluß nach § 125 ZPO. nicht ergangen, und die 30jährige Verjährungsfrist seit dem rechtskräftig gewordenen Urt. v. 26. Mai 1930 noch längst nicht verstrichen. Der Verjährungseinwand des BeschwF. erweist sich damit als unbegründet.

Ebensowenig kann von einer Verwirkung des Beitreibungsrechtes die Rede sein. Eine Verwirkung könnte, wenn überhaupt, nur dann in Frage kommen, wenn aus den besonderen Umständen des Falles sich ergäbe, daß die späte Geltendmachung des an sich zu Recht bestehenden Anspruches aus der Gesamtheit der hier vorl. Tatumstände heraus unter besonderer Berücksichtigung der verflossenen langen Zeit, insbes. wegen eines als arglistig zu wertenden Verhaltens des Gläubigers, dem gesunden Rechtsgefühle widersprüche und als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden werden müßte, so daß deswegen die Ausübung des bestehenden Rechtes unzulässig wäre. Hierfür hat der Bekl., dem die Behauptungs- und Beweispflicht obliegt, nichts beigebracht. Der Umstand, daß der Gläubiger acht Jahre gewartet hat, ohne seinen als Entgelt für die geleistete Arbeit rechtmäßig erworbenen Anspruch geltend zu machen, kann für sich allein die Verwirkung nicht begründen, auch dann nicht, wenn der Schuldner infolgedessen mit der Einforderung der Kostenschuld nicht mehr gerechnet hatte. Das Moment des reinen Zeitablaufes kommt als rechtsvernichtend nur für die Verjährung in Betracht, die hier nicht gegeben ist. Es müssen immer noch besondere Umstände hinzutreten, um den gültig erworbenen Anspruch nachträglich unvollziehbar zu machen. Tatumstände, die einen Verstoß gegen Treu und Glauben begründen, und die Rechtsausübung als unzulässig erscheinen lassen könnten, sind hier jedoch nicht erkennbar. Es bedarf daher auch nicht des Eingehens auf die unter Beweis gestellte Gegendarstellung des Kostengläubigers, er habe nur wegen Unvermögens des Schuldners früher keine Schritte unternommen und jetzt erfahren, daß sich dessen Vermögensverhältnisse so gebessert hätten, daß er die Kostenschuld bezahlen könne. Eine Verwirkung des von dem ordnungsmäßig bestellten ArmAnw. im ordentlichen Rechtsstreite rechtmäßig und rechtskräftig erworbenen Beitreibungsanspruches könnte schließlich gerade dann, wenn der ArmAnw. Nichtarier und deshalb nach der nationalsozialistischen Revolution aus der Anwaltschaft ausgeschieden ist, nachdem er seinen Auftrag ausgeführt hatte, beim Vorliegen eines Verschuldens in Frage kommen, das vor der Ausführung die Anwendung des § 50 RAGebO., § 628 BGB. rechtfertigen würde. Aber auch in dieser Hinsicht hat der Bekl. nichts vorgetragen. Ein sachlich begründeter Einwand steht ihm gegen den Beitreibungsanspruch somit nicht zur Seite.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. Juni 1938, 20 W 2372/38.)

Anmerkung: 1. Armenrechtsbewilligung bedeutet gesetzliche Stundung von Gerichts- und Anwaltskosten. Darum folgt unmittelbar aus § 202 BGB., daß während der Geltungsdauer der Armenrechtsbewilligung der Beginn der Verjährung für die Gebührenansprüche des ArmAnw. gegen die arme Partei gehemmt ist. Die Hemmung fällt erst mit dem Beschluß aus § 125 ZPO. fort.

2. Bedenklich erscheint, daß und wie der obige Beschluß eine etwaige Verjährung des Anspruchs gegen die arme Partei mit dem Recht aus § 124 ZPO. verquickt. Das Beitreibungsrecht des ArmAnw. ist zwar ein abgeleiteter Anspruch, nämlich abgeleitet aus dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch der siegreichen armen Partei und von dessen sachlichem Umfange abhängig. Er ist zugleich aber ein gesetzlich verselbständigter Anspruch. Er ist deshalb ein solcher, der auf dem Außenverhältnis: Partei zum unterlegenen Gegner beruht, nicht aber auf dem Innenverhältnis: ArmAnw. zu armer Partei. Zudem hat dieses Beitreibungsrecht infolge seiner Ableitung aus dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch Teil an der Rechtskraftswirkung des Titels, der die tragende Kostenentscheidung enthält (§ 103 ZPO.), und wird verkörpert durch einen Beschluß, der selbst wiederum äußerer wie innerer Rechtskraft fähig ist (vgl. §§ 104, 107 ZPO. i. Verb. m. § 124 ZPO.). Daher sind Einreden des Gegners aus der Person des Armen grundsätzlich unzulässig. Die einzige zulässige Ausnahme ist die in § 124 ZPO. Abs. 2 selbst angeführte. Die von Baumbach, Anm. D 2 zu § 124 als (weiter) zulässig angeführte Einrede: „der Arme habe den Rechtsanwalt befriedigt", ist nur eine unechte Ausnahme. Denn hat der Arme bereits an den ArmAnw. gezahlt, so geht mit dieser Zahlung der Erstattungsanspruch wieder auf den Armen über. Aus dem verselbständigten Recht des ArmAnw. wird dann wieder der normale prozessuale Kostenerstat-

tungsanspruch der armen Partei gegen die unterlegene Gegenpartei. Dieser Einwand ist also nichts anderes als ein Bestreiten der ferneren Aktivlegitimation des ArmAnw.

Wollte man dagegen auch nur zur Verjährungsfrage den Standpunkt einnehmen (vgl. Gaedeke, „ArmAnwKostG." S. 287): „mit dem Gebührenanspruch an die Partei entfällt auch das Beitreibungsrecht gegen die Gegenpartei", so daß sich der Gegner die etwa zwischenzeitlich eingetretene Verjährung des Gebührenanspruchs des ArmAnw. gegen seine eigene Partei zunutze machen könnte, so würde man nicht nur gegen die gesetzliche Regelung der zulässigen Einreden (§ 124 Abs. 2), sondern vor allem auch gegen die Rechtskraftswirkung des zugrunde liegenden Titels wie gegen die Rechtskraftwirkung des Beschlusses zu § 124 selbst verstoßen. Diese Rechtskraftswirkung beachtet Gaedeke a. a. O. nicht hinreichend. Seine Ausführungen zur Verjährungsfrage werden auch dem nicht gerecht, was er selbst zutreffend eingangs (a. a. O. S. 277, 280) über die Rechtsnatur des Rechts aus § 124 ausführt, nämlich — kurz zusammengefaßt — daß mit Hilfe des öffentlich-rechtlichen prozessualen Kostenerstattungsanspruches der armen Partei unmittelbar eigene Beziehungen zwischen dem siegreichen ArmAnw. und der unterlegenen Gegenpartei geschaffen werden. Immerhin hebt Gaedeke auch von seinem Standpunkt aus ausdrücklich hervor — was der obige Beschluß aber nicht tut —: „Das Recht zur Geltendmachung der Verjährung steht aber nicht dem Erstattungsschuldner anstatt des Gebührenschuldners zu. Mithin kann der Erstattungsschuldner sich nur auf eine wirksam geltend gemachte Verjährungseinrede der Partei berufen." (A. a. O. S. 287 — die Ausführungen S. 283 ff. beziehen sich auf die Frage, was festzusetzen ist, nicht aber auf Einwendungen, wenn bereits rechtskräftig zugunsten des ArmAnw. festgesetzt ist.)

Vom hier vertretenen Standpunkt aus kann sich der Gegner nicht auf eine der armen Partei etwa zustehende und von dieser erhobene Verjährungseinrede berufen. Dem steht die oben angeführte Verselbständigung des Beitreibungsrechts wie die Rechtskraftwirkung von Titel und Beschluß entgegen.

3. Das Beitreibungsrecht des ArmAnw. verjährt in 30 Jahren seit Rechtskraft des zugrunde liegenden Titels. Denn auf diesem beruht der Kostenerstattungsanspruch und damit auch das Beitreibungsrecht. Ob der zugrundeliegende Titel Urteil, Beschluß oder Vergleich ist, gilt gleichviel (§ 103 Abs. 1 ZPO. mit § 308 Abs. 2 bzw. § 794 Ziff. 1 und 3 ZPO.). Die Erhebung dieser Verjährungseinrede durch den unterlegenen Gegner hat mit § 124 Abs. 2 nichts zu tun. Sie erwächst gerade im Verhältnis ArmAnw. — Gegner, und ist zugleich eine nachträglich erwachsene i. S. von § 767 ZPO.

4. Mit Recht spricht der obige Beschluß aus, daß in seinem Falle von einer Verwirkung des Beitreibungsrechtes keine Rede sein kann. Seine daran angeschlossenen weiteren Bemerkungen erwecken aber stärkste Bedenken. Es wäre zu voller Klarheit angebracht gewesen, wenn der Beschluß seine Erwägungen an der RGRspr. geprüft hätte und von dieser ausgegangen wäre. Diese erkennt die Verwirkung als Verlust eines nach Treu und Glauben zu spät geltend gemachten Anspruchs nur für einige Sondergebiete und übrigens nur für solche materiellrechtlicher Art an, wie Aufwertung, gewerblichen Rechtsschutz und Arbeitsrecht (vgl. Achilles-Greif, Anm. 2 vor § 194 m. Nachw.). Außerdem hat das RG. mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, daß die Verwirkung kein Verjährungsersatz ist und daß sie noch nicht einmal eine Ausdehnung auf das Gebiet des allgemeinen bürgerlichen Rechts verträgt (RGZ. 149, 352 = JW. 1936, 572[4]; RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849[1]). Weiter bedeutet die zur Verwirkung gehörige „verspätete Geltendmachung" nichts anderes als Verspätung in der Geltendmachung vor einem Prozeß, äußerstenfalls durch einen solchen, also Verspätung mit der Geltendmachung im Erkenntnisverfahren. In allen diesen Punkten unterscheidet sich das Beitreibungsrecht ebenso grundlegend wie wesentlich. Es gehört zu keinem materiellrechtlichem Rechtsgebiet, sondern ist ein prozessuales Recht. Denn seine Grundlage, die Kostenerstattungspflicht gegenüber dem Obsiegenden ist rein prozessualer Natur. Eine verspätete Geltendmachung i. S. der Verwirkungsrechtsprechung ist hinsichtlich seiner schon denkgesetzlich ausgeschlossen. Denn das Beitreibungsrecht erwächst erst aus dem Prozeß und seinem Ergebnis, also erst aus dem Verfahren, das der Geltendmachung und Verwirklichung von Ansprüchen zu dienen bestimmt ist. Es zeigt sich also, daß die Bemerkungen des obigen Beschlusses sich nicht eigentlich gegen das Beitreibungsrecht richten, sondern im Ergebnis gegen die Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitswirkung jeden Titels überhaupt. Diese beiden Wirkungen sind aber Angelpunkte und Grundpfeiler des Prozesses, die jeder Partei, gleichviel in welcher Parteirolle sie steht, geläufig sind. Denn sie ist ja in jedem streitigen Falle bestrebt, beide Wirkungen zu ihren Gunsten zu erlangen. Vielmehr erfordert die Institution des Zivilprozesses selbst wie die durch sie verbürgte Rechtssicherheit dringend, daß diese Urteilsfolgen nach wie vor klar und eindeutig bleiben, und nicht — sei es auch nur ungewollt — durch unklare Erwägungen in ein trübes Licht gezogen werden. Auch der aus dem Titel Verpflichtete braucht diese Deckung nicht. Denn er weiß durch das vorausgegangene Verfahren wie durch das abschließende rechtskräftige Urteil bzw. durch den rechtskräftigen Beschluß bzw. durch den endgültigen Vergleich ganz eindeutig, woran er ist und was er zu leisten hat und wie lange diese Verpflichtung für ihn besteht.

5. Auch der Verschuldenseinwand, den der Beschluß zum Schluß noch im Vorübergehen streift, kann dem rechtskräftigen Beitreibungsrecht gegenüber nicht entgegengesetzt werden. Dieser Einwand geht doch für den unterlegenen Gegner dahin, er, der unterlegene Gegner, werde infolge Verschuldens des ArmAnw. der armen Partei im Prozeß an Kosten mehr belastet als sonst. Dieser Einwand gehört gerade nach der Stellungnahme des KG. (vgl. Gaedeke a. a. O. S. 283 ff. m. weiteren Nachw.) in das Festsetzungsverfahren. Deshalb ist er weder ein nachträglich erwachsener noch ein zulässiger Einwand gegenüber dem rechtskräftigen Beschluß zu § 124 (vgl. § 767 ZPO.).

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Rechtsanwaltsgebührenordnung

28. LG. — § 23 RAGebO.; VO. v. 26. Mai 1933. Für das Vollstreckungsschutzverfahren steht dem Rechtsanwalt keine besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. zu. †)

Die Gläubigerinnen haben wegen etwa 1790 RM einschließlich Zinsen und Kosten bei der Schuldnerin verschiedene Stoffe pfänden lassen. Die Versteigerung ist auf Antrag der Schuldnerin am 24. Jan. 1938 gemäß § 18 Abs. 2 VO. v. 26. Mai 1933 ausgesetzt worden, sofern die Schuldnerin wöchentliche Raten zahlen würde. Die Schuldnerin hat die Raten nicht eingehalten, so daß der Beschluß nach Erörterung erneuter Zahlungsversprechen der Schuldnerin durch den weiteren Beschl. v. 12. März 1938 wieder aufgehoben worden ist. Dieser letzte Beschluß enthält keine Kostenentscheidung. Die Gläubigerinnen haben dann beantragt, den Beschl. v. 24. Jan. 1938 dahin zu ergänzen, daß die außergerichtlichen Kosten der Schuldnerin auferlegt würden. Diesen Antrag hat das AG. durch den angefochtenen Beschluß abgelehnt.

Praktisch handelt es sich bei der Frage der Auferlegung außergerichtlicher Kosten darum, ob dem Prozeßbevollmächtigten der Gläubigerinnen eine besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. zusteht und ob diese Anwaltskosten gegebenenfalls von der Schuldnerin zu erstatten sind. Diese Streitfrage ist bereits in mehreren veröffentlichten Entscheidungen eingehend behandelt worden. Insbesondere hat das KG. in JW. 1935, 2069 ff. die Frage mit ausführlicher Begründung bejaht. Die gleiche Auffassung wird vertreten in dem Beschluß des LG. Hamburg: JW. 1937, 2246 ff. Den gegenteiligen Standpunkt nimmt das LG. Dessau in JW. 1936, 746 ff. ein.

Die Kammer hat sich — unabhängig von der Entscheidung des LG. Dessau — bereits in einem früheren Beschluß (8 T 689/36) ausführlich in ablehnendem Sinne mit der Entscheidung des KG. auseinandergesetzt. Dies hat dann zu der hiesigen ständigen Rspr. geführt, die auch das AG. in dem angefochtenen Beschluß zugrunde gelegt hat. Die maßgebenden Gesichtspunkte mögen im folgenden zusammengefaßt wiedergegeben werden:

Zunächst hält die Kammer grundsätzlich die Beschw. nicht für zulässig; denn wenn die Entscheidung zur Hauptsache nach § 18 Abs. 5 VO. v. 26. Mai 1933 unanfechtbar ist, so ist erst recht die in diesem Verfahren gemäß § 99 Abs. 1 ZPO. ergehende Kostenentscheidung nicht selbständig anfechtbar. Es mag jedoch zugunsten der Gläubigerinnen insoweit von der Auffassung des KG. ausgegangen werden, das die Beschw. gemäß § 567 ZPO. für zulässig hält, weil durch die Ablehnung der Kostenentscheidung ein das Verfahren betreffende Gesuch zurückgewiesen worden sei.

In der Sache selbst gehen die Entscheidungen des KG. und des LG. Hamburg davon aus, daß das Vollstreckungsschutzverfahren ein durch besonderes Gesuch eingeleitetes und selbständiges Verfahren, also eine besondere Instanz i. S. des § 31 RAGebO. darstelle. Aber schon bei der Frage, wie die materielle Kostenentscheidung zu treffen ist, ergeben sich die ersten Zweifel. Das KG. befaßt sich zwar nicht ausdrücklich mit dieser Frage, geht aber wohl offenbar von der grundsätzlichen Regelung des § 91 ZPO. aus. Auch das LG. Hamburg kommt am Schlusse seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, daß die §§ 91, 92, 93 ZPO. maßgebend seien. Diese Auffassung scheinen auch die BeschwF. im vorl. Verfahren zu vertreten. In der der Kammer früher zur Entscheidung vorgelegten Sache hatte der Gläubiger sogar den Standpunkt vertreten, daß die Kosten dem Schuldner unabhängig vom Ausgang des Vollstreckungsschutzverfahrens aufzuerlegen seien.

Zur Begründung war auf § 26 Ges. über die Fälligkeit und Verzinsung von Aufwertungshypotheken v. 18. Juli 1930 verwiesen worden. Daß aber diese Sondervorschrift nicht erweiternd ausgelegt werden kann, ist bereits in der früheren Entscheidung der Kammer ausgeführt worden. Diese Ansicht wird auch sonst, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Geht man aber von der Anwendung der §§ 91 ff. ZPO. aus, so ergibt sich, daß der Beschluß des AG. v. 24. Jan. 1938, den die Gläubigerinnen abgeändert haben wollen, zugunsten der Schuldnerin ergangen ist. Dieser Beschluß kann also gemäß § 91 ZPO. nicht dahin abgeändert werden, daß der Schuldnerin die Kosten auferlegt werden. Es ist auch prozessual unmöglich, eine Kostenentscheidung nachträglich danach zu treffen, ob und evtl. inwieweit ein Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nachgekommen ist. Hierfür gibt das Gesetz keinerlei Handhabe. Auch eine Anwendung des § 93 ZPO. muß ausscheiden, da für den Schuldner, wenn schon die Vollstreckung betrieben wird, stets ein Anlaß vorliegt, den gerichtlichen Vollstreckungsschutz in Anspruch zu nehmen; denn erst durch den gerichtlichen Ausspruch wird die Zulässigkeit von Vollstreckungshandlungen vorläufig aufgehoben.

Aber selbst wenn von diesen formalen Gesichtspunkten abgesehen wird, so ist jedenfalls die Auffassung, daß das Vollstreckungsschutzverfahren ein prozessual und kostenrechtlich selbständiges Verfahren sei, nicht haltbar und verkennt das Wesen des Vollstreckungsschutzes. Die durchweg unter der Bezeichnung Zwangsvollstreckungsnotrecht zusammengefaßten gesetzlichen Bestimmungen sind vom Gesetzgeber ursprünglich als Ausnahmevorschriften angesehen worden, die durch außergewöhnliche Umstände notwendig geworden waren und die deshalb mit dem Eintritt normaler Verhältnisse wieder fortfallen sollten. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Bestimmungen des 3. Teils der 4. VO. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 erlassen worden, um besondere Härten für die durch die Krise im Sommer 1931 betroffenen Bevölkerungsteile zu liquidieren. Auch die VO. v. 26. Mai 1933 war ursprünglich als Übergangsregelung gedacht. Im Laufe der Rechtsentwicklung der letzten Jahre sind die beherrschenden Gedanken dieses Vollstreckungsnotrechts aber so zum Allgemeingut des völkischen Rechtsempfindens geworden, daß eine Rückkehr zu den, vor Erlaß dieser Gesetze und VO. herrschenden Rechtsanschauungen im Vollstreckungsrecht undenkbar ist (vgl. Jonas: AkadZ. 1936, 1771). Während beherrschender Grundsatz des früheren Vollstreckungsrechts war, daß in der Vollstreckung alle Forderungen gleich sind, und daß die staatlichen Vollstreckungsorgane nur die Aufgabe haben, die formelle Ordnungsmäßigkeit der einzelnen Vollstreckungshandlungen zu überwachen, unterscheidet die neue Rechtsanschauung auch im Vollstreckungsverfahren noch zwischen mehr oder weniger schutzwürdigen Interessen den Parteien. Der Grundgedanke des modernen Vollstreckungsrechts geht aus dem Ges. v. 13. Dez. 1934 hervor, das eine gesundem Volksempfinden widersprechende Vollstreckung verbietet. Die Vollstreckungsorgane haben die Aufgabe erhalten, einen billigen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien zu finden und die Vollstreckung so zu leiten, daß weder der Schuldner unnötig beschwert, noch auch der Gläubiger bei der Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wird. Wenn das Gesetz es dem Schuldner überlassen hat, im Einzelfalle die Hilfe des Gerichts in Anspruch zu nehmen, so ist das nur deshalb geschehen, weil in einer großen Anzahl von Vollstreckungsfällen die Durchführung einer, den modernen Grundsätzen entsprechenden Vollstreckung auch ohne Hilfe des Gerichts erfolgt, und weil der Gesetzgeber aus verfahrenstechnischen Gründen es für zweckmäßiger hielt, daß der Schuldner dem Gericht die erforderlichen Tatsachen unterbreitet. Denn der Gläubiger, der die Verhältnisse des Schuldners nicht so genau kennt, würde in jedem Falle vor Beginn der Vollstreckung zu umfangreichen, tief in die persönlichen Verhältnisse des Schuldners eindringenden Ermittlungen gezwungen sein, wenn er schon bei seinem Antrag alle zur Prüfung der Zulässigkeit der Vollstreckung erforderlichen Tatsachen mitteilen müßte. In zahlreichen Fällen wäre diese Arbeit vielleicht sogar überflüssig. Deshalb hat der Gesetzgeber es weiter zugelassen, daß ohne genaue Prüfung auf den rein formellen Antrag die Vollstreckung vorgenommen wird, aber die Möglichkeit zu späterer Nachprüfung eröffnet, ähnlich wie auch bei Pfändung gemäß § 850 b ZPO. die Familienverhältnisse nicht vor Erlaß des Beschlusses festgestellt werden müssen, sondern die Berücksichtigung der in jedem Fall verschiedenen Familienverhältnisse erst später auf Erinnerung erfolgen kann. Genau so wie in diesem Falle bildet die Prüfung und Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse beim Vollstreckungsschutz kein besonderes Verfahren. Grundsätzlich unterliegt die Vollstreckung von Anfang an den Grundsätzen des Vollstreckungsschutzes, d. h. die Vollstreckung ist eben nur mit dieser Maßgabe überhaupt zulässig. Wenn diese Voraussetzungen nicht schon vor Beginn der Vollstreckung, sondern erst nachträglich geprüft werden, so geschieht dies, wie gesagt, nur aus verfahrenstechnischen Gründen, es handelt sich aber nicht um zwei gesonderte Verfahren, sondern um ein einheitliches Verfahren.

Daraus folgt, daß die richterliche Entscheidung im Vollstreckungsschutzverfahren nicht etwa die Partei, deren Anträgen nicht entsprochen wird, zur „Unterlegenen" i. S. des § 91 ZPO. macht. Etwaige Kosten des Verfahrens können deshalb unter diesem Gesichtspunkt nicht der einen oder anderen Partei auferlegt werden. Die gegenteilige Ansicht würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß auch dem Gläubiger, der häufig aus unverschuldeter Unkenntnis über die Notlage des Schuldners um Zurückweisung des Antrages auf Vollstreckungsschutz bittet, Kosten auferlegt werden müßten. Andererseits würde aber der Schuldner, der sich auf die Vollstreckungsschutzbestimmung beruft, gewissermaßen dafür bestraft, weil dann eine weitere Vollstreckungsgebühr entsteht, sich die Kosten des Vollstreckungsverfahrens verdoppeln und dies wohlmöglich auch dann, wenn dem Gläubiger aus früheren Vollstreckungsversuchen die Verhältnisse des Schuldners bekannt sind, er sie aber bei seinem Vollstreckungsauftrag nicht angibt, weil er abwarten will, ob der Schuldner sie vorbringt. Es müßte also, um eine billige Entscheidung herbeizuführen, in jedem Falle geprüft werden, ob nicht der Gläubiger das besondere Vollstreckungsschutzverfahren durch Nichtangabe der ihm bekannten Umstände veranlaßt hat. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Kostenentscheidung in den Fällen der besonderen Vollstreckungsschutzbestimmungen anders ausfallen soll als im Falle des § 850 b ZPO. Wenn das Vollstreckungsschutzverfahren nur eine Anwendung der allgemeinen Vollstreckungsgrundsätze ermöglichen soll, dann muß die Tätigkeit des Anwalts im Vollstreckungsverfahren auch in allen Fällen durch die allgemeine Vollstreckungsgebühr abgegolten werden. Denn verfahrenstechnisch gesehen, ist das Vollstreckungsschutzverfahren nichts anderes wie das Erinnerungsverfahren. In beiden wird nachgeprüft, ob die Vollstreckung unter Berücksichtigung der dem Vollstreckungsorgan bei der Vollstreckung nicht bekannten Tatsachen zulässig war.

Daß diese Nachprüfung nicht im Wege der Erinnerung wie in anderen Fällen z. B. §§ 811, 850 b Abs. 2 ZPO., sondern auf Antrag in einem besonderen Verfahren erfolgt, beruht nur darauf, daß die neuen Vollstreckungsgrundsätze noch nicht in die ZPO. eingearbeitet sind, sondern in besonderen Gesetzen und Verordnungen ihre Grundlagen haben.

Auch der in der Entscheidung des KG. und des LG. Hamburg zum Ausdruck gebrachte Grundsatz, daß jede Arbeit ihres Lohnes wert sei und daß schon deshalb dem Rechtsanwalt die besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. zustehe, ist keineswegs zwingend. Es hat immer schon Fälle gegeben, in denen das Vollstreckungsverfahren erheblich mehr Arbeit für den Rechtsanwalt mit sich bringt als der voraufgegangene Prozeß, der zu dem Vollstreckungstitel geführt hat, wenn er z. B. umfangreiche Ermittlungen nach pfändbaren Vermögensgegenständen anstellen muß oder wenn der Schuldner um Teilzahlung bei dem Gläubiger bittet. In diesem Falle hat der Anwalt, der die Vollstreckung betreibt, dieselbe Arbeit wie im Falle des § 18 NotVO. Es würde also der Schuldner für verschiedene Anwaltskosten aufkommen müssen, je nachdem der Gläubiger oder das Gericht entsprechend dem Grundsatz des § 18 Zahlungsfristen bewilligt. Im übrigen ist es keine Seltenheit, daß eine Anwaltsgebühr nicht mit der geleisteten Arbeit in Einklang steht, trifft aber auch im umgekehrten Verhältnis häufig zu, so daß schon hierdurch ein Ausgleich geschaffen wird. Nach der grundsätzlichen Regelung der Anwaltsvergütung kann diese Tatsache nicht zum Anlaß genommen werden, dem Anwalt eine im Gesetz nicht vorgesehene besondere Gebühr zuzubilligen. Die Mehrbelastung des Anwalts durch seine Tätigkeit im Vollstreckungsschutzverfahren ist außerdem im Durchschnitt der Fälle praktisch nicht derart außergewöhnlich, daß die Versagung der besonderen Gebühr geradezu als eine Unbilligkeit anzusehen wäre. Auch im vorl. Verfahren, das von den Gläubigerinnen bzw. ihrem Prozeßbevollmächtigten schon als besonders umfangreich bezeichnet wird, ist zwar eine Reihe von Schriftsätzen eingereicht worden. Diese haben aber alle in der Sache selbst im wesentlichen den gleichen Inhalt und konnten nach Erwirkung des Titels ohne besondere Vorbereitung angefertigt werden. Nach der Erfahrung der Kammer darf ohne weiteres angenommen werden, daß weitaus die Mehrzahl der Verfahren nicht mehr, viele sogar erheblich weniger Arbeit für den Anwalt verursachen. Inwiefern eine solche Beurteilung kasuistisch sein soll, wie es in der Kritik zu der Entscheidung des LG. Dessau: JW. 1936, 748 heißt, ist nicht einzusehen; denn diese Betrachtungsweise geht gerade nicht vom Einzelfall, sondern von der allgemeinen Erfahrung aus. Auch der weiterhin in der Kritik erhobene Vorwurf, die Versagung der besonderen Gebühr gehe zu sehr von einer juristisch-konstruktiven Auslegung der Gebührenvorschriften aus, wird dadurch widerlegt, daß ja gerade auch das Maß der normalen Mehr-

arbeit in Betracht gezogen ist und daß vor allem nicht von den einzelnen Gesetzesbestimmungen, sondern von der Grundauffassung der Vollstreckung ausgegangen wird. Mögen auch die Kostenregelungen noch so ihre Besonderheiten haben, so müssen doch auch hier die Grundgedanken entscheidend sein, und es kann nicht, falls sich die Grundauffassung eines Verfahrens völlig ändert, die Kostenregelung nur nach der alten Auffassung beurteilt werden.

Die Kammer sieht deshalb trotz der entgegenstehenden Entscheidungen keinen Anlaß, von dem bisherigen Standpunkt abzugehen.

(LG. Dortmund, 8. ZK., Beschl. v. 18. Juni 1938, 8 T 563/38.)

Anmerkung: In der für die Anwaltschaft bedeutsamen Frage der Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten im Vollstreckungsschutzverfahren wird in der hier vorl. Entscheidung erneut ein ablehnender Standpunkt vertreten, nachdem man hoffen konnte, daß sich die Rspr., ebenso wie das Schrifttum (Gaedeke, „ArmAnwKostG.", 1937, S. 186; Gelinsky-Meyer, „ArmAnwKostG." S. 259; Rittmann-Wenz, „GKG.", § 32 [3]) der eingehend und überzeugend begründeten Ansicht des KG. in dem Beschl. v. 22. Juni 1935, 20 W 2665/35: JW. 1935, 2069 über die Bejahung von Entstehung und Erstattungsfähigkeit einer besonderen Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. für das Vollstreckungsschutzverfahren anschließen würde. Die Gründe des LG. Dortmund vermögen nicht zu überzeugen.

I. Das Gericht folgt in dieser Frage der von verschiedenen Gerichten (insbes. LG. Dessau v. 4. Febr. 1936 in JW. 1936, 746, ferner früher AG. Berlin v. 31. Mai 1934 in JW. 1934, 2504) vertretenen Auffassung, daß das Vollstreckungsschutzverfahren nicht anders als das Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. keine selbständige, besondere Instanz, vielmehr als Teil der Zwangsvollstreckung mit dieser zusammen eine Instanz i. S. des § 31 RAGebO. bilde und daher von einer einmal erwachsenen Vollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 mit umfaßt werde. Die zur Begründung hierfür vorgebrachten Gesichtspunkte sind aber nicht neu und schon bei anderer Gelegenheit widerlegt. Die Darlegung, die Vollstreckung unterliege von Anfang an den Grundsätzen des Vollstreckungsschutzes, d. h. die Vollstreckung sei eben nur mit dieser Maßgabe überhaupt zulässig, also sei das Vollstreckungsschutzverfahren kein besonderes Verfahren, ist nur eine andere Formulierung der Gedankengänge des LG. Dessau dahin, daß der Schuldner mit seinem Vollstreckungsschutzantrag nicht eine besondere Vergünstigung in Anspruch nehme gegenüber einem völlig gesetzmäßigen Verfahren, sondern lediglich staatlichen Schutz gegenüber einem Gläubiger verlange, dessen Vorgehen nationalsozialistischer Rechtsanschauung nicht entspreche, wobei die Vollstreckungsschutzbestimmungen lediglich als eine Auslegung und Ergänzung des Begriffs einer ordnungsmäßigen, rechtlich einwandfreien Zwangsvollstreckung aufzufassen seien. Die Ausführungen des LG. Dortmund wirken gezwungen, als ein mühsamer Versuch, aus kostenrechtlichen Gründen das Vollstreckungsschutzverfahren in das laufende Zwangsvollstreckungsverfahren hineinzuzwängen. Dies zeigt sich am deutlichsten in den Ausführungen über die Pflichten, die an sich der Gläubiger vor Beginn einer Zwangsvollstreckung haben würde, wenn nicht der Gesetzgeber „aus lediglich verfahrenstechnischen Gründen" die Regelung für zweckmäßig gehalten hätte, daß der Schuldner dem Gericht die erforderlichen Tatsachen für den Vollstreckungsschutz zu unterbreiten hat. Der Gläubiger würde „in jedem Falle vor Beginn der Vollstreckung zu umfangreichen, tief in die persönlichen Verhältnisse des Schuldners eindringenden Ermittlungen gezwungen sein". Eine solche, wenn auch nur theoretisch in Erwägung gezogene Konstruktion würde aber eine völlige Umkehrung der Behauptungslast und Darlegungspflicht bedeuten. Gerade die Tatsache, daß der Gesetzgeber dem Schuldner es überlassen hat, sich auf den Vollstreckungsschutz zu berufen und dieser die Voraussetzungen des Schutzes nachzuweisen hat und daß — was doch möglich gewesen wäre — nicht die gesetzliche Regelung dahin getroffen ist, daß der Gläubiger erst dann ein Recht zur Vollstreckung erhält, wenn der Schuldner hierzu zur etwaigen Inanspruchnahme vom Vollstreckungsschutz gehört ist (vgl. z. B. Verfahren nach § 844 ZPO.), spricht gegen das LG. Dortmund und für die Selbständigkeit des Verfahrens. Gewiß steht jede Vollstreckung unter dem Schutz des VollstrMißbrG. oder der VollstreckungsschutzVO. Eine diesen Schutz nicht ausreichend berücksichtigende Vollstreckung ist aber deshalb noch nicht unzulässig wie eine mit der Erinnerung des § 766 ZPO. anfechtbare Vollstreckungshandlung. Die Vollstreckungshandlung bleibt bestehen. Lediglich ihre Durchführung wird, unter dem Gesichtspunkt des Vollstreckungsschutzes geregelt, gemildert. Selbst wenn einmal eine Vollstreckungsmaßnahme auf Grund des Vollstreckungsschutzes ganz aufgehoben werden sollte (etwa eine Mietpfändung), so ändert dies doch nichts an dem gesagten Grundsätzlichen. Es handelt sich auch hier nur um eine besonders ausgestaltete Form des Vollstreckungsschutzes, die aber an der Tatsache nichts ändert, daß der Schuldner auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vergünstigung lediglich Schutz in Anspruch nimmt, nicht aber, daß er wie bei einer Erinnerung die vom Gläubiger begonnene Maßnahme als unzulässig beseitigen läßt. Des weiteren spricht aber auch gegen die Ansicht des LG. Dortmund der schon gegen das LG. Dessau erhobene Einwand, daß gerade die Ausgestaltung des Vollstreckungsschutzrechtes als eines neuen, vordem noch nicht vorhanden gewesenen Verfahrens, also die vollzogene bedeutsame Änderung des Wesens der Zwangsvollstreckung überhaupt, unmöglich bei der Auslegung des § 23 Ziff. 18 RAGebO. außer acht gelassen werden kann, der naturgemäß von dem zur Zeit seiner Entstehung geltenden Begriff einer Zwangsvollstreckung ausgeht.

II. Eine Erstattung dieser Kosten kann nun des weiteren nur dann in Betracht kommen, wenn im Vollstreckungsschutzverfahren überhaupt eine Kostenentscheidung ergehen kann. Daß dies nicht nur zulässig, sondern auch geboten ist, sollte nicht mehr zweifelhaft sein. Das Vollstreckungsschutzverfahren ist ein innerhalb der Zwangsvollstreckung selbständiges, in sich abgeschlossenes und im Anwendungsbereich des VollstrMißbrG. auch einen selbständigen Rechtsmittelzug eröffnendes Verfahren, das folglich in der abschließenden Entscheidung auch mit einer Kostenentscheidung zu versehen ist (vgl. Gaedeke: JW. 1935, 1051 mit weiteren Nachweisen). Die früher bisweilen vertretene Auffassung (z. B. LG. Berlin vom 10. Dez. 1934: JW. 1935, 1050), daß § 21 der 2. VollstreckungsschutzVO. nicht nur auf die Fälle der §§ 5, 7, 9 a, 9 b, sondern entsprechend auch auf §§ 18, 19 a. a. O. anzuwenden, mithin eine Erstattungsfähigkeit im Vollstreckungsschutzverfahren zu verneinen sei, dürfte als überholt gelten. Die Entwicklungsgeschichte des Gesetzes zwingt keineswegs zu einer solchen Annahme. Der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen (KG. v. 22. Juni 1935: JW. 1935, 2069). Der Kostenentscheidung müssen die §§ 91 ff., 788 ZPO. zugrunde gelegt werden. Hiergegen wird zwar gelegentlich der Einwand erhoben, daß der Richter mit diesen Bestimmungen nicht stets zu einem richtigen Ergebnis kommen könne, daß man hiermit nicht dem besonderen Charakter einer Vollstreckungsschutzentscheidung gerecht werde, da hier weder von teilweisem noch von vollständigem „Obsiegen" oder „Unterliegen" der einen oder anderen Partei gesprochen werden könne. Deshalb vertritt Altendorf in NSBZ. „Der Deutsche Justizbeamte", 1938, 482 die Auffassung, daß die Kostenentscheidung unmittelbar aus § 18 entnommen werden sollte, indem die gesetzliche Regelung über die Kostenentscheidung etwa dahin zu formulieren sei: Auf die Kostenentscheidung sind die Grundsätze des § 18 entsprechend anzuwenden. Hier dürfte aber verkannt werden, daß die prozessuale Kostenpflicht ausschließlich auf der ZPO., also prozessualen Bestimmungen beruht und aus dem sachlichen Recht in keiner Weise zu ergänzen ist. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb im Vollstreckungsschutzverfahren nicht auch von einer obsiegenden und unterliegenden Partei gesprochen werden soll. Daß zwei Parteien, Gläubiger und Schuldner, vorhanden sind, kann nicht zweifelhaft sein. Beruft sich der Schuldner zu Unrecht auf Vollstreckungsschutzbestimmungen, wird sein Antrag daher abschlägig beschieden, so unterliegt er und hat nach § 91 ZPO. die außergerichtlichen Kosten des Gegners zu tragen; nimmt er dagegen zu Recht den Schutz in Anspruch, so muß der Gläubiger die außergerichtlichen Kosten tragen. In vielen, gerade im Kostenpunkt vielleicht sonst unbillig erscheinenden Fällen, dürfte aber von § 92 ZPO. Gebrauch gemacht werden. Eine Kostenverteilung wird überall da angezeigt sein, wo — was überaus häufig ist — die gerichtliche Entscheidung zwischen den Anträgen der Parteien liegt, wo dem Schuldner nicht in dem von ihm erstrebten Maße Schutz gewährt wird und doch über die Gegenanträge des Gläubigers hinausgegangen wird. Hier läßt sich mit einer Kostenverteilung ein billiges Ergebnis erzielen.

Daß die Kostenentscheidung zweckmäßigerweise sogleich in der Entscheidung über den Antrag getroffen werden sollte, ist selbstverständlich. Ist dies übersehen, so bestehen aber auch keine Bedenken, die Kostenentscheidung noch nachzuholen. Auch in den veröffentlichten Beschlüssen des LG. Hamburg v. 7. Juli 1937: JW. 1937, 2246 und LG. Kiel v. 26. April 1938: JW. 1938, 1920 ist ohne weiteres davon ausgegangen, daß dies noch möglich ist. Allerdings muß insoweit dem hier besprochenen Beschluß beigepflichtet werden, als es richtig ist, daß die Entscheidung nicht davon abhängig gemacht werden kann, welchen Ausgang schließlich das Vollstreckungsschutzverfahren im Endergebnis genommen hat. Anderenfalls müßten in allen Fällen, in denen dem Schuldner nachträglich wegen Nichteinhaltung der Raten der Vollstreckungsschutz entzogen ist, ihm alsdann als dem am Schlusse des Verfahrens Unterlegenen stets die Kosten auferlegt werden. Maßgebend kann für die Kostentragungspflicht jedoch nur der Beschluß sein, welcher die eigentliche Entscheidung über den Schutzantrag enthält.

AGR. Dr. Sebode, Berlin.

29. OLG. — § 68 Ziff. 4 RAGebO.; §§ 150, 453 StPO. Die Anfertigung eines Gnadengesuches für einen zum Tode Verurteilten fällt nicht unter die Aufgaben des Pflichtverteidigers. Er hat daher keinen Anspruch auf Erstattung der Gebühr aus § 68 Ziff. 4 RAGebO. gegen die Staatskasse. — Die Art. 1 Teil I Kap. 3 NotVO. v. 14. Mai 1932 (RGBl. I, 285) festgesetzte Beschwerdegrenze gilt nur für den Kostenersatz im eigentlichen Sinne des § 4 DGKG., nicht etwa für die Festsetzung einer Forderung gegen die Reichskasse. †)

Der Angekl. Kl. ist durch rechtskräftiges Urteil des SchwG. in X. v. 25. Sept. 1937 wegen Mordes zum Tode verurteilt worden. Ihm war als Pflichtverteidiger der RA. W. in X. beigeordnet. Dieser hat für den Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils ein Gnadengesuch angefertigt und eingereicht. Durch Entschließung des Führers und Reichskanzlers ist die Todesstrafe in eine Zuchthausstrafe von 15 Jahren umgewandelt worden mit der Maßgabe, daß nach Ablauf von 2 Jahren zu prüfen ist, ob die Reststrafe erlassen werden kann. Der UrkB. der Geschäftsstelle des LG. in X. hat auf Antrag des Verteidigers durch Beschl. vom 9. Febr. 1938 für die Anfertigung und Einreichung des Gnadengesuches an Gebühren und Auslagen 40,92 *RM* gegen die Staatskasse festgesetzt. Gegen diesen Beschluß hat der Bezirksrevisor beim LG. in X. namens der Reichskasse Erinnerung eingelegt, die durch Beschluß des LG. in X. v. 28. April 1938 zurückgewiesen ist.

Hiergegen richtet sich die vorl. Beschw. Sie ist gemäß § 4 GKG. zulässig (vgl. AV. des JustMin. v. 26. März 1931: JMBl. 1931, 116). Nun bestimmt zwar Art. 1 Teil 1 Kap. 3 der NotVO. vom 14. Juni 1932 (RGBl. I, 285), daß die Beschw. gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen (§ 4 GKG.) ausgeschlossen ist, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 50 *RM* nicht übersteigt. Die in dieser Richtung auftauchenden Bedenken hat jedoch das OLG. Naumburg bereits in seinem Beschl. v. 8. März 1935 (3 Ws 84/35) ausgeräumt, dem sich der erk. Sen. anschließt. Die Festsetzung einer gegen den Staat gerichteten Forderung ist kein „Ansatz von Gebühren oder Auslagen" im eigentlichen Sinne des § 4 GKG. Das Gesetz versteht darunter vielmehr die Aufstellung einer Kostenrechnung über die für die Reichskasse durch Inanspruchnahme einer gerichtlichen Behörde entstandenen Gebühren und Auslagen (so auch OLG. Hamm: JWBl. 1934, 156). Da in der NotVO. die Bestimmung des § 4 GKG. ausdrücklich aufgeführt und im eigentlichen, technischen Sinne zu verstehen ist, ist die Ausdehnung der Vorschrift auf eine andere Art von Gebührenfestsetzung nicht gerechtfertigt. Die Beschw. in dem Verfahren zur Feststellung der Gebühren und Auslagen eines Pflichtverteidigers ist deshalb an keine Wertgrenze gebunden (so auch OLG. Hamm: JWBl. 1934, 156).

Die Beschw. ist auch begründet. Gemäß § 150 StPO. sind dem Pflichtverteidiger für die geführte Verteidigung die Gebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung für Rechtsanwälte aus der Staatskasse zu erstatten. Entscheidend ist danach der Umfang der Pflichtverteidigung, also die Frage, ob die Anfertigung eines Gnadengesuchs noch unter die Pflichtverteidigung fällt. Wäre dies zu bejahen, so steht dem Anwalt nach § 68 Ziff. 4 RAGrbO., § 150 StPO. auch gegen die Reichskasse für die Anfertigung eines Gnadengesuches neben der Gebühr aus § 63 RAGebO. für seine Tätigkeit in der Hauptverhandlung weitere 5/10 dieser Sätze zu. Aus § 68 RAGebO. ergibt sich jedoch nichts für den Umfang der Pflichtverteidigung, wie der BeschwF. in Anlehnung an das OLG. Celle (DRechtspfl. 1938 Nr. 224) zu Unrecht annimmt. Das OLG. Celle folgert nämlich gerade aus dieser Bestimmung, daß das Gnadenverfahren außerhalb des eigentlichen Strafverfahrens und damit der Pflichtverteidigung liege. Betrachtet man jedoch den § 68 a. a. O. in seiner Gesamtheit und im Zusammenhang mit den übrigen strafrechtlichen Gebührenvorschriften, so läßt sich diese Schlußfolgerung mit dieser Begründung nicht aufrechterhalten. Einmal gibt es nach der RAGebO., die ja das Verhältnis zur Partei regelt, ohnehin Gebühren für anwaltliche Tätigkeiten im Strafverfahren, die zweifellos außerhalb des Bereiches der Pflichtverteidigung liegen, so für die Verteidgung im Vorverfahren (§ 67 a. a. O.), für das, als nicht zum eigentlichen Verfahren gehörend, im allgemeinen noch kein Pflichtverteidiger bestellt wird. Andererseits billigt das Gesetz dem Rechtsanwalt für die Anfertigung einer Berufungsrechtfertigung und einer RevBegr. nach § 68 Ziff. 1 und 2 RAGebO. neben der Gebühr aus § 63 a. a. O. eine besondere Gebühr zu, obwohl sich diese Tätigkeiten ganz zweifellos innerhalb des eigentlichen Strafverfahrens und damit der Pflichtverteidigung bewegen. Auch die Anfertigung eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 68 Ziff. 3) gehört nach h. A. (vgl. JW. 1935, 2393) zum Aufgabengebiet des dem Angekl. beigeordneten Verteidigers und wird besonders entlohnt. Da alle diese Bestimmungen in unmittelbarem Zusammenhange mit der des § 68 Ziff. 4 a. a. O. stehen, kann aus dem Gebührenrecht für die Frage, ob das Gnadenverfahren von der Pflichtverteidigung umfaßt wird oder nicht, nichts Entscheidendes entnommen werden. § 68 a. a. O. enthält vielmehr nur eine Regelung über Sondergebühren, die dem Rechtsanwalt, und damit nach § 150 StPO. grundsätzlich auch dem Pflichtverteidiger, neben den Pauschgebühren der §§ 63 bis 67 a. a. O. erstattet werden, und zwar für Tätigkeiten, die eine besondere Bemühung und Inanspruchnahme des Verteidigers voraussetzen.

Jedoch ist dem OLG. Celle a. a. O. im Endergebnis aus anderen Erwägungen dahin beizutreten, daß die Pflichtverteidigung die Anfertigung eines Gnadengesuchs nicht umfaßt und ein Anspruch des Pflichtverteidigers auf Erstattung der Gebühr aus § 68 Ziff. 4 RAGebO. gegen die Reichskasse nicht besteht. Im Gesetz selbst (§§ 140 ff., 150 StPO.) ist über den Umfang der Pflichtverteidigung nichts gesagt. Er ergibt sich jedoch aus dem Zweck dieser Vorschriften. Wenn der Gesetzgeber die Einrichtung der notwendigen Verteidigung im Strafverfahren geschaffen hat, so sollte damit jedem Angekl. die Möglichkeit gegeben werden, seine berechtigten Interessen zu wahren. Der Pflichtverteidiger sollte weiter in Zusammenarbeit mit dem Gericht unter besonderer Wahrung der Interessen des Angekl. dabei mitwirken, daß ein Rechtsbruch ein gerechtes Urteil findet. Deshalb erhält er seine Gebühren aus Mitteln der Allgemeinheit, also aus der Reichskasse. Das Verfahren, das mit Erhebung der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß beginnt, endet deshalb auch mit der Findung des Urteils. Solange der Rechtsbrecher in den im Gesetz vorgesehenen schweren Fällen rechtlich noch nicht als schuldig festgestellt ist, solange soll und muß er zur Betreuung einen Verteidiger haben. Sind jedoch die Rechtsmittel erschöpft, so ist damit das Strafverfahren beendet. Der verurteilte Rechtsbrecher hat dann seinen Anspruch auf anwaltliche Hilfe verwirkt. Die Pflichtverteidigung endet also mit dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils, allerspätestens jedenfalls dann, wenn auch die letzte Möglichkeit, seine Rechtskraft durch Wiederaufnahme des Verfahrens zu beseitigen, erschöpft ist (KG.: JW. 1932, 2906; OLG. Dresden: JW. 1937, 574; Rittmann-Wenz, „RAGebO.", § 68 Anm. 1, S. 650; Willenbücher S. 380; Baumbach § 68 Anm. 4; Löwe-Rosenberg, § 150 StPO. Anm. 6; Noack, Anm. zu JW. 1937, 574).

In dem weiteren Gnadenverfahren kann sich der Verurteilte zwar selbstverständlich eines Anwalts bedienen; eine Pflicht zum Tätigwerden besteht jedoch für den bestellten Pflichtverteidiger nicht; sein Amt ist erloschen. Wo nur noch ein Gnadenakt in Frage kommt, gibt es nichts mehr zu verteidigen. Daran vermag auch die Vorschrift des § 453 StPO. nichts zu ändern, wonach das ausgesprochene Todesurteil erst vollstreckt werden darf, wenn der Führer und Reichskanzler eine Entscheidung getroffen hat, von seinem Begnadigungsrecht keinen Gebrauch zu machen. § 453 StPO. ist nicht Teil des rechtskräftig geschlossenen Verfahrens, sondern lediglich prozessuale Voraussetzung für die Vollstreckung des Urteils. Das Gnadenverfahren ist allerdings nach § 453 StPO. ein gesetzlich notwendiger Akt. Es geht jedoch nicht an, deshalb das Ende des Strafverfahrens bei Todesurteilen hinter die Entscheidung aus § 453 StPO. zu legen. Aus der Tatsache, daß das Todesurteil vor der Vollstreckung von Amts wegen dem Führer und Reichskanzler zur Entschließung vorgelegt werden muß, geht das Gegenteil hervor. Denn dadurch ist dem Verurteilten die Gewähr gegeben, daß seine Belange in jeder Hinsicht gewahrt werden, auch ohne daß ein Verteidiger tätig wird. Das Gnadenverfahren wäre also in vorl. Fall auch ohne die Tätigkeit des Pflichtverteidigers in Gang gesetzt worden und hätte mit aller Wahrscheinlichkeit auch zu demselben Erfolg geführt. Deshalb kann es auch nicht darauf ankommen, daß es sich bei dem Verurteilten um einen geistig sehr beschränkten Menschen handelt.

Der Pflichtverteidiger mag sich aus beruflich und menschlich beachtlichen Gründen zur Einreichung des Gnadengesuches für verpflichtet gehalten haben. Diese rein subjektive Einstellung vermag jedoch einen Anspruch gegen die Reichskasse nicht zu begründen, da eine Kostenerstattungspflicht für eine Tätigkeit außerhalb der gesetzlichen Pflichtverteidigung nach dem Gesetz nicht besteht.

(OLG. Naumburg (S.), 6. (Kosten-) Zivil- u. Strafsenat, Beschl. v. 18. Mai 1938, 6 Ws 178/38.)

Anmerkung: 1. Richtig ist, daß die Frage nicht aus der RAGebO. gelöst werden kann. Denn diese setzt hier wie auch sonst die prozessualen Gestaltungen und Abläufe voraus und schließt sich an diese an. Die StPO. zählt zwar die Fälle der Pflichtverteidigung auf, sagt aber über deren Umfang selbst nichts näher aus. Dieser wird durch Sinn und Zweck der Pflichtverteidigung bestimmt. Da die Pflichtverteidigung die bedeutendsten Anklagefälle betrifft, sind Aufgaben und Umfang der Pflichtverteidigung von der Bestellung an grundsätzlich nicht andere als die jeder

Verteidigung überhaupt. Wo der Umfang der Pflichtverteidigung bzw. wann die Bestellung endgültig ihr Ende findet, läßt sich durch eine kurze Formel nicht erschöpfend bezeichnen. Bekanntlich gehört z. B. die Verteidigung in der Verhandlung vor dem RevG. nicht mehr zu ihr, dagegen, wie auch der obige Beschluß zutreffend anführt, der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens noch zu ihr. So ist es auch nur eine Faustregel, wenn der obige Beschluß ausspricht, daß die Pflichtverteidigung dort nicht existiere, wo es nichts mehr zu verteidigen gäbe. Dies enthebt, wie auch der Fortgang des Beschlusses zeigt, genauer Prüfung nicht. Übrigens widerspricht die beiläufige Bemerkung des Beschlusses zu § 67 RAGebO. unmittelbar der StPO. Nach der wesentlichen Einschränkung der Voruntersuchung kommt dem Vorverfahren, also dem Stadium zwischen Einreichung der Anklageschrift und dem Eröffnungsbeschluß erhöhte Bedeutung zu. Es bedeutet eine Verkennung von Sinn und Wirkung strafprozessualer Vorschriften, wenn dieser Verfahrensteil durch die Bezeichnung als nicht zum eigentlichen Verfahren gehörend in seiner Bedeutung herabgesetzt wird. Die in § 201 Abs. 1 StPO. vorgeschriebene Erklärungsaufforderung ist nicht etwa eine Floskel, auch nicht in den Fällen, die die Pflichtverteidigung ausmachen. Sachgemäß kann von dieser Erklärungsaufforderung nur durch den Verteidiger Gebrauch gemacht werden. Das Gesetz sieht dies auch richtig und schreibt daher für die Fälle der Erklärungsaufforderung in § 140 Abs. 3 S. 1 StPO. zwingend vor, daß der Verteidiger zu bestellen ist, sobald der Angeschuldigte gemäß § 201 StPO. zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Selbst da, wo der Pflichtverteidiger nur auf Antrag bestellt wird, entspricht es zumindest dem nobile officium des Gerichts, Verfahrensvorschriften fair und korrekt zu handhaben, diesen Antrag alsbald zu bescheiden. Denn die StPO. legt ersichtlich auf beschleunigte Erledigung Wert. Sie verlangt vom Angekl. binnen kürzester Frist (3 Tage) die Antragstellung. Dann kann es nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, die von ihm gewollte Beschleunigung des Verfahrens durch Liegenlassen bei Gericht wieder hinfällig zu machen. .

2. Gnadensachen gehören an sich nicht zur Pflichtverteidigung. Der Beschluß führt dies zutreffend näher aus. Ob nicht aber hinsichtlich des Gnadenverfahrens bei Todesurteilen eine Ausnahme wesensgemäß anzuerkennen ist, rührt ein viel tieferes Problem an, als der Beschluß offensichtlich sieht. Mit dem formalen Niederschlag allein, den die Stellung der Gnade in § 453 StPO. gefunden hat, ist nicht weiter zu kommen. Der liberalen Gewaltenteilungslehre wie der konstitutionell-monarchischen Staatslehre war die Gnade und die Wirkungen ihrer Ausübung ein Fremdkörper, den sie eigentlich gar nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten in ihr Begriffssystem eingliedern konnte. Dementsprechend war die Behandlung der Frage schwankend und gerade bei den Strafprozessualisten überwiegend dürftig und lebensfern. Man übersehe auch nicht die damalige politische Spitze in § 453 StPO. Beide Sätze des Abs. 1 gehören trotz der Verneinung im ersten Satz zusammen. Vordem wurden Todesurteile, obwohl sie mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden konnten, in Wahrheit erst durch die Bestätigung des Landesherrn rechtskräftig und vollstreckbar. Die StPO. verrückte nun dessen Stellung und schob das Gnadenverfahren zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ein, obwohl an sich strafprozessual die Vollstreckbarkeit aus der Rechtskraft erwächst. Durch diese Verschiebung, die zum Ausgleich hierfür das Gnadenverfahren zur gesetzlich wesentlichen Bedingung macht, suchte die StPO. den Begriffen der Gewaltenteilungslehre Rechnung zu tragen und die gerade sich hier von jeher höchst eindrucksvoll offenbarende Einheit der Staatsgewalt abzublassen. Dabei wird lebens- und volksmäßig gerade die Gnadenentschließung im Falle eines Todesurteiles als besonders sinnfälliger Ausdruck oberster Gerichtsherrlichkeit empfunden und demgemäß als Regierungsakt behandelt, während sonst Gnadensachen wegen der praktisch notwendigen umfassenden Delegation an nachgeordnete Stellen als Verwaltungssachen angesehen werden. Deshalb besteht nach wie vor trotz § 453 Abs. 1 S. 1 StPO. die innere Verwandtschaft dieses i. S. der StPO. eingeschobenen Gnadenverfahrens mit dem Bestätigungsverfahren nach der MilStGO. Die im Gnadenverfahren ergehende Entschließung ist der entscheidende Akt. Dem trägt unmittelbar Volksanschauung wie anwaltliche Berufsauffassung Rechnung. (Deshalb handelt es sich im Gegensatz zu obigem Beschluß nicht um eine „rein subjektive Einstellung".) Beide erwarten vom Pflichtverteidiger, daß er bei einem Todesurteil auch in der Gnadeninstanz zugunsten des Verurteilten tätig wird. Da der Umfang der Pflichtverteidigung nicht formell begrenzt ist, ist die Rspr. in der Lage, die lebensmäßigen Zusammenhänge unmittelbar beachten zu können. Die Bemerkung im obigen Beschluß, das Todesurteil müsse vor der Vollstreckung ja von Amts wegen vorgelegt werden, entkräftet das Vorstehende nicht. Denn überall, wo Pflichtverteidigung vorliegt, wird unstreitig von Amts wegen vorgegangen.

Regelwidriges erzeugt notwendigerweise wieder regelwidriges. Erkennt man zur Voraussetzung die Regelwidrigkeit an, so ist es unausweichlich, sie auch zur Folge anzuerkennen, d. h. hier die Gebühr zuzubilligen.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Gerichtskostengesetz

30. RG. — § 8 GKG. Die Gebühren der RevInst. berechnen sich trotz nur teilweiser Revisionseinlegung nach dem Streitwert der vollen Beschwer, falls der RevKl. sich Erweiterung des Antrags vorbehält.

Die Geschäftsstelle hat ihrer Kostenrechnung einen Streitwert von 300 000 RM zugrunde gelegt; sie ist hierbei von den Beschl. des BG. ausgegangen, durch die der Streitwert für den Leistungsanspruch auf 100 000 RM und für den Feststellungsanspruch auf 200 000 RM festgesetzt worden ist.

Die Erinnerung des RevKl. wendet sich gegen den Kostenansatz mit der Begründung, daß die Rev. nur wegen eines Teilbetrages von 6100 RM nebst Zinsen sowie im Kostenpunkt eingelegt worden sei. Sie ist aber unbegründet. In der Revisionsschrift war gesagt, gegen das BU. werde wegen eines Teilbetrages von 6100 RM nebst Zinsen sowie im Kostenpunkt — unter Vorbehalt der Erweiterung des Antrages — Rev. eingelegt. Durch diese Revisionseinlegung ist die Rechtskraft des BU. in vollem Umfang gehemmt worden, weil der ausdrücklich erklärte Vorbehalt der Erweiterung des Revisionsantrages dem RevKl. die Möglichkeit offenhielt, mit dem von ihm noch zu stellenden Revisionsantrag das BU. über den Betrag von 6100 RM nebst Zinsen hinaus in vollem Umfang zur Nachprüfung durch das RevG. zu stellen. Das gilt nicht nur für den Zahlungsanspruch von 100 000 RM, sondern auch für den Feststellungsanspruch. Wenn der Prozeßbevollmächtigte des RevKl. ausführt, bei den Verhandlungen mit der Partei über die Frage, in welcher Höhe die Rev. eingelegt werden solle, sei davon ausgegangen worden, der selbständige Feststellungsanspruch könne nachträglich nicht in die RevInst. eingeführt werden, so kann dies zu keiner anderen Beurteilung führen, weil sich aus dem Inhalt der Revisionsschrift nicht ergibt, daß der Feststellungsanspruch von dem Vorbehalt der Erweiterung des Antrages — als welcher der noch nicht gestellte Revisionsantrag anzusehen ist — ausgeschlossen sein sollte.

Die Geschäftsstelle hat demnach die ermäßigte Prozeßgebühr aus §§ 8, 20, 30 DGKG. mit Recht nach einem Streitwert von 300 000 RM berechnet.

(RG., II. ZivSen., Beschl. v. 27. April 1938, II 9/38.) [Ba.]

Verfahrensrechtliche Nebengesetze

31. KG. — VO. v. 7. April 1938 zur Ergänzung der Vorschriften über die Pfändung der Arbeitsvergütung. Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau ist mangels besonderer Umstände nicht als besondere Belastung anzusehen. Drei Kinder sind besondere Belastung i. S. der VO. Berechnung der Pfändungsfreigrenze.

Zwar steht der Gleichstellung des Schuldners als Behördenangestellten, soweit die Unpfändbarkeit seiner Bezüge in Frage steht, mit einem Beamten, wie sie der Schuldner wünscht, die eindeutige Regelung des Gesetzes entgegen, die abzuändern der Gesetzgeber bei der Neufassung und Änderung des § 850 ZPO. in dem Ges. v. 24. Okt. 1934 keine Veranlassung genommen hat. Dies hat der Senat zu den Vorschriften der §§ 850 ff. ZPO. n. F. bereits mehrfach ausgesprochen. Allein eines weiteren Eingehens auf diese Frage bedarf es im vorliegenden Falle nicht. Denn jedenfalls sind diese Fragen praktisch durch die inzwischen erlassene Verordnung zur Ergänzung der Vorschriften über die Pfändung der Arbeitsvergütung vom 7. April 1938 (RGBl. I, 378) überholt. Danach ist dem Schuldner auf Antrag auch der nach § 850 b ZPO. pfändbare Teil der Bezüge soweit zu belassen, als dies mit Rücksicht auf den besonderen Umfang seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten geboten scheint und überwiegende Belange des Gläubigers nicht entgegenstehen. Dieser Wechsel der Gesetzgebung ist im vorliegenden Falle um so mehr zu berücksichtigen, als der Schuldner im Wege neuer Erinnerung sich die Wohltat des Gesetzes zu sichern

in der Lage ist. Und da der Schuldner gerade auf die Freilassung der für den Unterhalt der Kinder erforderlichen Beträge seine Beschwerde richtet, ist sie bereits hier als der Antrag des Schuldners im Sinne der VO. zu werten.

Nach den Grundgedanken der VO. ist zwar nicht von der Zusammensetzung des Lohnes des Schuldners, jedoch von dem Betrage auszugehen, den der Schuldner neben dem ihm nach § 850b ZPO. für sich bleibenden Betrag für den notwendigen Unterhalt der gegen ihn Unterhaltsberechtigten benötigt. Im vorliegenden Fall hat der Schuldner für seine Ehefrau und drei Kinder im Alter von 14, 11 und 6 Jahren zu sorgen. Für die Ehefrau wird man allerdings es bei der gesetzlichen Regelung des § 850b ZPO. zu belassen haben, falls nicht besondere Umstände zu einer anderen Regelung Veranlassung bieten, die hier nicht vorliegen. Denn insoweit kann in der Regel von besonderem Umfang der Unterhaltspflichten keine Rede sein. Anders liegt aber die Sache bei mehreren Kindern, wobei die Zahl von drei Kindern bereits als besondere Belastung im Sinne der VO. anzusehen ist. Die für sie notwendigen Beträge sind zu belassen. Bei ihrer zahlenmäßigen Bestimmung wird man von dem auszugehen haben, was sonst für derartige Unterhaltspflichten dem Schuldner — in den Fällen des § 850 Abs. 3 ZPO. — belassen wird. Diese Sätze sind nach der Rechtsprechung des Senats örtlich verschieden. Sie schwanken zwischen 3, 4,50 und 6 *RM* wöchentlich für jedes Kind für das flache Land und die größeren Orte in der Provinz. In Rücksicht darauf, daß der Schuldner hier in einer kleinen Stadt wohnt und daß infolge seiner Stellung als Behördenangestellter auch an die äußere Haltung seiner Familie gewisse Anforderungen zu stellen sind, erscheint es angemessen, ihm für die Kinder je 6 *RM* zuzubilligen. Es wären also für den notwendigen Unterhalt derselben im Falle des § 850 Abs. 3 ZPO. wöchentlich 18 *RM*, monatlich etwa 80 *RM* dem Schuldner zu belassen. Andererseits erscheint es aber nicht angängig, diese Beträge im Falle der Pfändung nach § 850b ZPO. einfach dem an sich dem Schuldner pfandfrei zu belassenden Betrage von 150 *RM* und 1/3 des Mehrbetrages plus 1/6 für die Ehefrau schlechthin hinzuzuzählen. Ist doch bereits in diesem Betrage ein erheblicher Teil des für die Kinder erforderlichen Unterhalts enthalten. Dies zeigt sich auch in der unter sorgfältiger Abwägung der Belange seiner Familie erfolgten tarifmäßigen Festlegung der Kinderzuschläge, deren Betrag zweifelsfrei zum Unterhalt der Kinder nicht ausreicht, sondern ebenfalls eine erhebliche Inanspruchnahme des sonstigen Einkommens des Angestellten für die Kinder voraussetzt. Der Anteil, der danach vom pfandfreien Einkommen des Schuldners mit zu tragen ist, kann unter Berücksichtigung dieser Umstände auf etwa ein Drittel geschätzt werden. Dies ergibt bei dem Einkommen des Schuldners von brutto 220,14 *RM* folgende Rechnung:

Nach § 850b ZPO. haben für ihn und seine Ehefrau 185 *RM* brutto freizubleiben. Dazu treten für die Kinder rund 53 *RM*, und ferner in Rücksicht auf die glaubhafte Darstellung des Schuldners von der Krankheit seiner einen Tochter noch immerhin monatlich einige Reichsmark, die dafür über den normalen Satz als Mehraufwendung erforderlich erscheinen. Damit aber ist sein monatliches Einkommen in der Tat erschöpft. Es bleibt für die Gläubiger nichts zu pfänden übrig.

Allein dieses Ergebnis kann nach der VO. nur dann Platz greifen, wenn nicht überwiegende Belange des Gläubigers entgegenstehen. Sie sind hier zu verneinen. (Wird näher ausgeführt.)

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1938, 8 W 1586/38.)

*

32. OLG. — VollstrMißbrG. — Die Vollstreckung aus einem unanfechtbaren Titel, der zu der wirklichen Rechtslage klar in Widerspruch steht, ist unzulässig.

Durch rechtskräftiges Urteil des AG. in L. v. 20. Juli 1928 wurde festgestellt, daß E. der Vater der von der Elise Sch. am 3. Mai 1928 unehelich geborenen A. Sch. ist und E. verurteilt, der Gläubigerin bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres Unterhalt zu gewähren.

Die Aussage der Mutter des Kindes, auf die sich das Urteil stützt, hat sich als unwahr erwiesen. Die Zeugin wurde jedoch von der Anklage eines Verbrechens des Meineids trotz ihrer objektiven falschen eidlichen Aussage aus subjektiven Gründen freigesprochen.

Die nun von E. gegen das rechtskräftige Endurteil des AG. L. nach § 580 ZPO. erhobene Restitutionsklage wurde rechtskräftig abgewiesen, weil die Voraussetzung der rechtskräftigen Verurteilung der Mutter des Kindes wegen Meineids nicht gegeben war (§ 581 ZPO.).

Auf Grund des Urteils des AG. L. v. 20. Juli 1928 hat die Gläubigerin wegen der Unterhaltsrückstände die Zwangsvollstreckung in den Lohn des Schuldners betrieben. Auf Einwendungen des Schuldners hat das AG. N. den Pfändungsbeschluß aufgehoben und in Anwendung des Ges. v. 13. Dez. 1934 zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten die Vollstreckung aus dem Urteil untersagt.

Die hiergegen eingelegte sofortige Beschw. wurde vom LG. Nürnberg-Fürth am 2. Dez. 1937, 3 T 57/36, als unbegründet zurückgewiesen; aus den Gründen dieses Beschlusses:

„Der angefochtene Beschluß stützt sich auf das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934. Dieses Gesetz stellt einen außerordentlichen Rechtsbehelf dar und ist ein Ausfluß des Gedankens, daß jeder Mißbrauch Recht zum Unrecht macht.

Eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte i. S. dieses Gesetzes liegt auch vor bei Ausnutzung einer zu der wirklichen Rechtlage klar in Widerspruch stehenden formalen Rechtsstellung. Dieses ist auch der Fall bei Vollstreckung eines offenbar auf falscher tatsächlicher Grundlage ergangenen Urteils (Seuffert, 12. Aufl., 1935, S. 6; Jonas, 15. Aufl., Nachtrag zum II. Bd. S. XXII vor § 704; DJ. 1934, 1622; Jonas-Pohle A 4b zum Ges. v. 13. Dez. 1934; Pfundtner-Neubert II b 9 S. 35).

Selbstverständlich darf dieses nicht dahin verstanden werden, daß durch das genannte Gesetz ein neuer Rechtszug eröffnet und dem verurteilten Schuldner etwa die Möglichkeit gegeben werden soll, im Zwangsvollstreckungsverfahren Zeugenbeweis dafür anzubieten, daß ein rechtskräftiges Urteil sachlich unrichtig sei.

Im vorl. Falle liegt jedoch die sachliche Unrichtigkeit des Endurteils des AG. L. v. 20. Juli 1928 klar zutage.

Hätte Elise Sch. in dem Rechtsstreit auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft auf Eid nicht die Unwahrheit gesagt, sondern wahrheitsgemäß angegeben, daß sie während der einrechnungsfähigen Zeit nicht nur mit dem Schuldner E., sondern auch mit K. Geschlechtsverkehr hatte, dann hätte der Schuldner E. nach § 1717 BGB. nicht verurteilt werden können, sondern es hätte die Klage abgewiesen werden müssen.

Damit steht fest, daß das Urteil des AG. L. v. 20. Juli 1928 offenbar auf falscher tatsächlicher Grundlage ergangen ist.

Der Umstand, daß nicht festgestellt werden kann, wer in Wirklichkeit der Vater des Kindes ist, ändert nichts an dieser Auffassung. Denn jedenfalls hätte E. nach Lage der Sache auf Grund der geltenden Gesetze nicht als Vater des Kindes verurteilt werden dürfen.

Infolgedessen muß die Vollstreckung aus dem Urt. v. 20. Juli 1928 vom Standpunkt eines natürlichen Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühls aus als ungerecht und unbillig empfunden werden, so daß sie sich nach Prüfung aller Umstände des Falles, insbes. auch eines berechtigten Schutzbedürfnisses der Gläubigerin als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Dies um so mehr, als es das allgemeine gesunde Rechtsempfinden nicht verstehen könnte, wenn trotz der seinerzeitigen unwahren eidlichen Zeugenaussage der Mutter der Gläubigerin, auf der das verurteilende Erkenntnis beruhte, dieses Urteil vollstreckt werden könnte, weil das SchwG. zwar eine objektive Eidespflichtverletzung feststellte, aber aus persönlichen Gründen zu einer Freisprechung der Elise Sch. kam, während bei einer Verurteilung wegen Verletzung der Eidespflicht das Urt. v. 20. Juli 1928 im Wege der Restitutionsklage hätte aufgehoben werden können."

Die sofortige Beschw. gegen den Beschluß des LG. hat das OLG. Nürnberg als unzulässig zurückgewiesen, in seinem Beschluß aber festgestellt, daß zudem für den Senat kein Anlaß zu einer anderen rechtlichen Beurteilung bestünde.

(OLG. Nürnberg, Beschl. v. 4. Jan. 1938, 2 W 321/37.)

Zwangsversteigerungsrecht

33. KG. — § 44 ZwVerstG.; §§ 1197, 1277, 1282, 1291 BGB. Für die Zwangsversteigerung mit dem Range aus einer verpfändeten Eigentümergrundschuld ist ein dinglicher Duldungstitel nach § 1277 BGB. nicht ausreichend. Der Gläubiger muß darüber hinaus nach §§ 1291, 1282 BGB. eine Abtretung der Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer oder deren Pfändung und Überweisung an Zahlungs Statt nachweisen.

Die Zwangsversteigerung wird auf Antrag der Ehefrau des Schuldners M. aus einem vollstreckbaren Vergleich wegen rückständiger Unterhaltsforderungen betrieben. In diesem Vergleich (Ziffer IV) heißt es: „Zur Sicherung der Unterhalts- und Zahlungsansprüche wird Herr M. unverzüglich auf seinem Grundstück eine Grundschuld von 40000 *RM* für sich bestellen,

und zwar hinter einer Vorbelastung von 22500 RM. Diese Grundschuld, für die ein Brief zu bilden ist, wird zur Sicherung aller vorbezeichneten Ansprüche an Frau M. verpfändet. Die verpfändete Grundschuld dient Frau M. lebenslänglich zur Sicherung aller im Vergleiche bezeichneten Ansprüche." Die Eigentümergrundschuld sowie der Pfandvermerk sind im Grundbuch zugunsten der Ehefrau M. eingetragen. In dem Beitrittsbeschluß bezeichnet das AG. deren Unterhaltsforderungen als persönliche und dingliche Ansprüche. In der Benachrichtigung an die Beteiligten nach § 41 Abs. 2 ZwVerstG. heißt es, daß die Zwangsversteigerung von der Ehefrau M. mit dem Range aus der ihr verpfändeten Grundschuld betrieben werde. Die auf Grund dieser Mitteilung von dem Schuldner eingelegte Erinnerung wurde mit der Begründung zurückgewiesen, daß der für die Befriedigung eines Pfandgläubigers nach § 1277 BGB. erforderliche dingliche Titel in dem Vergleich enthalten sei und die Ehefrau somit die Zwangsversteigerung mit dem Range aus der ihr verpfändeten Eigentümergrundschuld betreiben dürfe. Mit diesem Range wurde auch im Versteigerungstermin das geringste Gebot aufgestellt. Auf Grund der Zuschlagsbeschwerde des Schuldners hat das LG. den Zuschlag mit der Begründung versagt, daß in dem Vergleich ein vollstreckbarer Duldungstitel hinsichtlich der verpfändeten Grundschuld für die Ehefrau nicht enthalten sei, und die Grundschuld bei der Aufstellung des geringsten Gebotes somit als bestehenbleibendes Recht zu behandeln gewesen sei (§§ 44 Abs. 1, 83 Ziff. 1 ZwVerstG.).

Die weitere Zuschlagsbeschwerde des Erstehers hatte keinen Erfolg.

Mit Recht hat das LG. festgestellt, daß die Durchführung der Zwangsversteigerung mit dem Range aus der verpfändeten Eigentümergrundschuld unzulässig war. Die formellen Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung mit einer solchen dinglichen Wirkung liegen nicht vor. Für die Zwangsvollstreckung mit dem Range aus einer verpfändeten Eigentümergrundschuld genügt ein rein persönlicher Titel, der nur die Zahlungsverpflichtung wegen der der Bestellung des Pfandrechtes zugrunde liegenden persönlichen Forderung ausspricht, nicht. Die Befriedigung aus dem verpfändeten Recht erfordert gemäß § 1277 BGB. einen dinglichen Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Diesen Erfordernissen entspricht der vollstreckbare Vergleich über den Unterhalt der Ehefrau M. nicht. Die Ziffer IV des Vergleiches enthält nur eine rechtswirksame dingliche Einigung über die Bestellung des Pfandrechtes an der zukünftigen Eigentümergrundschuld, die vor der Eintragung der Grundschuld zulässig ist (vgl. RG.: Warn. 1911 Nr. 274). Eine Verpflichtung des Schuldners zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das verpfändete Recht gemäß § 1277 BGB. ist dem Wortlaut des Vergleiches jedoch nicht zu entnehmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die entsprechende Verpflichtung des Verpfänders dahin zu gehen hat, daß die Zwangsvollstreckung des Pfandgläubigers in das verpfändete Recht zulässig ist oder der Verpfänder die Zwangsvollstreckung in dieses Recht duldet (vgl. RGZ. 103, 139; KG.: DRZ. 1931 Nr. 163 sowie das dort bezeichnete Schrifttum).

Den Ausführungen des LG. ist nicht zu entnehmen, ob das LG. nach der Beschaffung eines entsprechenden Duldungstitels aus § 1277 BGB. die formellen Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung aus der verpfändeten Eigentümergrundschuld für gegeben hält. Für das weitere Verfahren ist noch folgendes zu beachten: Auch nach der Beschaffung eines Duldungstitels gemäß § 1277 BGB. wäre die Gläubigerin zur Zeit nach materiellem Recht nicht in der Lage, ihre Befriedigung mit dem Range aus der verpfändeten Grundschuld zu verlangen. Das verpfändete Recht ist eine Eigentümergrundschuld, aus welcher der Eigentümer nach § 1197 BGB. eine Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke seiner Befriedigung nicht betreiben kann. Durch die Verpfändung ist eine Änderung dieser Rechtslage nicht eingetreten. Die Eigentümergrundschuld bleibt auch nach der Beschaffung eines Duldungstitels aus § 1277 BGB. zugunsten der Gläubigerin der Beschränkung des § 1197 Abs. 1 BGB. unterworfen. Das der Ehefrau des Grundstückseigentümers als Pfandgläubigerin nach dem Eintritt der Pfandreife nach §§ 1291, 1282 Abs. 2, 1228 Abs. 2 BGB. zustehende Einziehungsrecht gibt ihr in der Zwangsversteigerung nur die Befugnis, die verpfändete Eigentümergrundschuld in dem gleichen Umfange geltend zu machen, wie der Eigentümer selbst (vgl. RGZ. 60, 363 und RG.: Recht 1916 Nr. 1910). Von der Beschränkung des § 1197 Abs. 1 BGB. könnte sie sich allein durch die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in einer Fremdgrundschuld befreien. Sofern sich der Schuldner nicht bereit findet, an einer entsprechenden Umwandlung mitzuwirken, wäre die Gläubigerin auf die Möglichkeit beschränkt, die Voraussetzungen für eine Überweisung der Eigentümergrundschuld an Zahlungs Statt zu schaffen, die in ihren Rechtswirkungen einer Abtretung i. S. des § 398 ff. BGB. gleichkommt und zu einem Übergang der Forderung führt. Gemäß §§ 1291, 1282 Abs. 1 Satz 3 BGB. würde der Gläubigerin ein Anspruch auf Abtretung der Eigentümergrundschuld an Zahlungs Statt zustehen. Daneben könnte sie eine Pfändung der Grundschuld und Überweisung an Zahlungs Statt nach Beschaffung eines dinglichen Titels (§ 1277 BGB.) gemäß §§ 857, 830, 835 ZPO. erreichen. Die Abtretung oder Überweisung an Zahlungs Statt würden aber für die Gläubigerin zur Folge haben, daß sie in Höhe der erwirkten Abtretung oder Überweisung wegen ihrer Unterhaltsforderungen selbst dann als befriedigt gilt, wenn sie bei der Durchführung der Zwangsversteigerung mit dem Range der Eigentümergrundschuld einen Ausfall erleidet (vgl. OLG. Hamburg: HöchstRRspr. 1936 Nr. 20).

Solange es an einer solchen vorbezeichneten Abtretung oder Überweisung der Grundschuld an Zahlungs Statt fehlt, besteht für die Gläubigerin keine Möglichkeit, die Zwangsversteigerung mit dem Range aus der Eigentümergrundschuld erfolgreich zu betreiben.

(KG., 12. ZivSen., Beschl. v. 23. Febr. 1938, 12 W 94/38.)

*

34. KG. — §§ 67 ff., 81, 100 Abs. 2 ZwVerstG.; § 2038 BGB. Das Verlangen eines einzelnen Miterben nach Sicherheitsleistung (§§ 67 ff. ZwVerstG.) und dessen Widerspruch gegen die Zulassung eines Gebotes trotz unzureichender Sicherheitsleistung (§ 70 Abs. 3 ZwVerstG.) begründen für die übrigen Miterben kein Recht für die Versagung des Zuschlags. Auch aus den Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO.) und der Befugnis des einzelnen Miterben, nach § 2038 BGB. ohne Mitwirkung der übrigen Miterben die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßnahmen zu treffen, lassen sich bei einer Verletzung der Vorschriften über die Sicherheitsleistung (§§ 67 ff. ZwVerstG.) zugunsten der übrigen Miterben Rechtswirkungen für die Zuschlagsbeschwerde nicht herleiten.

Eigentümer des zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks sind neun Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft. Im Versteigerungstermin verlangte eine Miterbin zu 8 bei der Abgabe eines Gebotes von 6750 RM Sicherheit. Der Bieter war nur in der Lage, in Höhe von 6000 RM Sicherheit zu leisten. Der Bevollmächtigte der betreibenden Gläubigerin, RA. Th., erklärte sich bereit, in Höhe des fehlenden Teilbetrages von 750 RM für den Bieter durch Übernahme der Bürgschaft Sicherheit zu leisten, indem er hinzufügte, daß er bei einer Berliner Großbank ein Bankguthaben unterhalte, welches das Vielfache der fehlenden Sicherheit übersteige. Die Miterbin zu 8 beantragte die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft des RA. Th. zurückzuweisen. Entgegen diesem Widerspruch ließ das AG. die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft des Rechtsanwalts zu und erteilte auf Grund des Meistgebotes von 6750 RM den Zuschlag.

Das LG. hat auf Grund der Zuschlagsbeschwerde der Miterbin zu 8 den Zuschlag nach §§ 81, 100 ZwVerstG. wegen unzureichender Sicherheitsleistung des Erstehers versagt, die Zuschlagsbeschwerden mehrerer anderer Miterben aber mit der Begründung zurückgewiesen, daß diese Miterben aus dem Verlangen der Miterbin zu 8 nach Sicherheit und ihrem Widerspruch gegen die Zulassung der teilweisen Sicherheitsleistung durch Bürgschaft eines Rechtsanwalts einen Anspruch auf Versagung des Zuschlags nach § 100 Abs. 2 ZwVerstG. nicht herleiten könnten, da durch die Verletzung der §§ 67 ff. ZwVerstG. nur das Recht der Miterbin zu 8 berührt werde.

Gegen diese Zurückweisung richtet sich die weitere Beschwerde der Miterbin zu 9, die im wesentlichen darauf gestützt wird, aus dem Verlangen der Miterbin zu 8 auf Sicherheitsleistung und ihrem Widerspruch gegen die Zulassung des Meistgebotes seien zugunsten der übrigen im Versteigerungstermin anwesenden, aber nicht besonders aufgetretenen Miterben Rechte entstanden, deren Geltendmachung durch § 100 Abs. 2 ZwVerstG. nicht ausgeschlossen werde. Die Sicherheit sei für alle Miterben verlangt worden. Im übrigen seien die Miterben in der Zwangsversteigerung als notwendige Streitgenossen anzusehen, so daß das Verlangen eines Miterben nach § 67 ZwVerstG. für alle Miterben wirke. Eine solche Rechtswirkung müsse auch der Vorschrift des § 2038 BGB. entnommen werden, da es sich bei dem Verlangen eines Miterben nach Sicherheitsleistung regelmäßig um eine notwendige Verwaltungsmaßnahme i. S. des § 2038 BGB. handele.

Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Mit Recht hat das LG. angenommen, daß es für die Zuschlagsbeschwerde der Miterbin zu 9 auf eine Entscheidung der Frage, ob der Meistbietende gegenüber dem Verlangen der Miterbin zu 8 nach Sicherheit eine den gesetzlichen Vorschriften der §§ 67 ff. ZwVerstG. entsprechende Sicherheit geleistet hatte, nicht ankam. Einen solchen Mangel kann nur der Beteiligte zum Gegenstand einer Zuschlagsbeschwerde machen (§§ 81, 100 ZwVerstG.), der selbst im Versteigerungstermin Sicherheit verlangt (§ 67 ZwVerstG.) und gegen die trotz unzureichender Sicherheitsleistung gleichwohl erfolgte Zulassung des Gebotes sofort Widerspruch erhoben hat (§ 70 Abs. 3 ZwVerstG.). Dies hat die Beschwerdeführerin nach dem Inhalt des Versteigerungsprotokolls nicht getan. Ebenso kann ihr Vorbringen, die Miterbin zu 8 habe die Sicherheit für alle im Versteigerungstermin anwesenden Beteiligten verlangt, nicht berücksichtigt werden, da es im Versteigerungsprotokoll keine Grundlage findet (§ 80 ZwVerstG.).

Aus dem Widerspruch der Miterbin zu 8 kann die Beschwerdeführerin keine Rechte herleiten. Sie ist zwar der Ansicht, bei einer Zwangsversteigerung gegen mehrere Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft habe das Verlangen eines Miterben nach Sicherheitsleistung gemäß § 67 ZwVerstG. dieselbe Wirkung, als wenn alle Miterben Sicherheit gefordert hätten. Diese Rechtsansicht ist aber unzutreffend. Sie läßt sich weder aus den Bestimmungen der ZPO. über den notwendigen Streit noch aus der Vorschrift des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB. herleiten.

Die in ungeteilter Erbengemeinschaft lebenden Miterben sind in der Zwangsversteigerung hinsichtlich solcher Erklärungen, die für die Erteilung des Zuschlages nach den Vorschriften der §§ 81, 83, 84, 85 ZwVerG. Bedeutung haben, nicht als notwendige Streitgenossen i. S. des § 62 ZPO. zu behandeln. Zunächst wirkt nach § 62 ZPO. nur die Innehaltung von Fristen und Terminen durch einen notwendigen Streitgenossen zugunsten des säumigen Streitgenossen. Andere Rechtshandlungen haben für die übrigen Streitgenossen keine Wirkungen. Voraussetzung für eine Anwendung des § 62 ZPO. wäre aber weiterhin, daß das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann. In der Durchführung der Zwangsversteigerung, insbesondere in der Zulassung eines Gebotes mit einer den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Sicherheitsleistung und der Erteilung des Zuschlages liegt aber nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses in diesem Sinne. Wenn auch die Versagung des Zuschlages auf Grund der Zuschlagsbeschwerde eines einzelnen Miterben nur mit Wirkung gegenüber allen Beteiligten erfolgen kann, so läßt sich daraus nicht der weitere Schluß ziehen, daß sich aus den von einem Beteiligten geschaffenen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Zuschlagsbeschwerde rechtliche Wirkungen für die Zuschlagsbeschwerde eines anderen Beteiligten ergeben müssen. § 100 Abs. 2 ZwVerstG. schließt solche Rechtswirkungen aus dem Rechte eines anderen ausdrücklich aus.

Das Verlangen eines einzelnen Miterben nach Sicherheitsleistung, welches mit der herrschenden Meinung durchaus anzuerkennen ist (vgl. Jäckel-Güthe, 7. Aufl., §§ 67, 70 Anm. 2 a. E.), ist aber auch keine notwendige Verwaltungsmaßnahme i. S. des § 2038, aus welcher die übrigen Miterben für die Zuschlagsbeschwerde Rechte herleiten könnten. Jeder Miterbe kann für sich Sicherheit verlangen. Mit diesem Verlangen nimmt er nicht ohne weiteres die Interessen der anderen Miterben wahr. Der Zweck der Sicherheitsleistung kann für den einzelnen Miterben darin bestehen, die Sicherstellung der Erfüllung des Meistgebotes im Hinblick auf seine persönliche Schuldverpflichtung zu erreichen. Mit dem Verlangen nach Sicherheitsleistung kann auch erstrebt werden, die Abgabe eines Gebotes und damit die Zwangsversteigerung zu verhindern, sofern ein Bieter zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist. In beiden Fällen besteht die Möglichkeit, daß die Interessen des einzelnen Miterben den Belangen der übrigen Miterben durchaus zuwiderlaufen, sei es, daß diese Miterben ohne Rücksicht auf die Erfüllung des Meistgebotes durch den Bieter eine beschleunigte Durchführung der Zwangsversteigerung wünschen, sei es, daß sie die Ersteigerung des Grundstücks gerade durch einen bestimmten, aber zur Sicherheitsleistung nicht fähigen Bieter für zweckmäßig halten. Nach alledem kann nur der einzelne Miterbe aus einer Verletzung der §§ 67, 70 Abs. 3 ZwVerstG. auf Grund seines eigenen Verlangens nach Sicherheit gemäß §§ 81, 100 Abs. 1 u. 2 ZwVerstG. einen Grund für die Versagung des Zuschlags herleiten.

(KG., 12. ZivSen., Beschl. v. 1. Juni 1938, 12 W 2096/38.)

Reichsfinanzhof

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× 35. § 6 Satz 1 KörpStG. 1934; § 6 Ziff. 1 Satz 2 EinkStG. 1934. Zeitpunkt für Teilwertabschreibungen.

Streitig ist nur, ob die BeschwF. berechtigt ist, in der Schlußbilanz 1935 auf ihrem Immobilienkonto zum Herabgehen auf den niedrigeren Teilwert eine Sonderabschreibung in Höhe von 50 000 RM vorzunehmen. Das FinA. hat die Frage verneint. Es bestreitet an sich nicht, daß der Teilwert um den genannten Betrag niedriger ist als der Anschaffungs- oder Herstellungswert vermindert um die Absetzungen für Abnutzung. Nur glaubt es, daß die BeschwF. schon in der Schlußbilanz 1932 auf den niedrigeren Teilwert habe herabgehen müssen. Es stehe nicht im Belieben eines Pflichtigen, wann er sein Recht ausüben wolle, auf den niedrigeren Teilwert herabzugehen. Die BeschwF. habe bereits bei der Einheitswertfeststellung 1931 auf einen durch Stillegung ihres Werkes R. eingetretenen Wertrückgang ihrer Immobilien hingewiesen und auch erreicht, daß der ursprünglich festgesetzte Einheitswert dieser Immobilien herabgesetzt worden sei. Die BeschwF. habe wohl die aus dieser Ermäßigung der Einheitswerte sich bei der Vermögensteuer und den Aufbringungsleistungen ergebenden steuerlich günstigen Folgen in Anspruch genommen, in der Körperschaftsteuerbilanz für das Wirtschaftsjahr 1931/32 habe sie aber die Folgerungen durch gleichzeitige Herabsetzung der Immobilien auf den niedrigeren Teilwert nicht gezogen. Sie habe dies offenbar deshalb unterlassen, weil die Körperschaftsteuerbilanz dieses Wirtschaftsjahrs einen Verlust ausgewiesen habe. Ein Herabgehen auf den niedrigeren Teilwert bei den Fabrikgebäuden wäre daher nicht nur zunächst ohne steuerlich günstige Folgen geblieben, sondern hätte auch die Absetzungsmöglichkeiten wegen Abnutzung in den späteren Jahren verringert. Ein solches Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben, denn es könne steuerlich nicht gebilligt werden, daß ein Pflichtiger bei der einen Steuerart einen steuerlichen Vorteil hinnehme, es aber bei der anderen unterlasse, die gleichen Folgen, wenn auch zu seinem Nachteil, aus demselben Sachverhalt zu ziehen. Das FinGer. hat die Auffassung des FinA. gebilligt.

Die RBeschw. ist begründet.

Der 6. Sen. des RFH. hat es in seinem Urteil VI 630/37 v. 30. März 1938: RFH. 44, 1 (RStBl. 1938, 629) abgelehnt, von dem in der Rspr. bis in die letzte Zeit festgehaltenen Standpunkt abzugehen, wonach der Kaufmann Wertverluste beim Anlagevermögen verteilen kann, den gesunkenen Teilwert also nicht sofort anzusetzen braucht, sondern entweder Zwischenwerte ansetzen oder die Gesamtabschreibung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben darf. Dieser Auffassung wird beigetreten. Zu einer Abweichung können die vom FinGer. für seine Auffassung angeführten Gründe keine Veranlassung geben. Bereits in dem erwähnten Urteil VI 630/37 ist ausgeführt, daß ein Hinweis auf § 1 StAnpG. angesichts der ausdrücklichen Vorschrift des § 6 EinkStG., die nach Wortlaut und Sinn eine Beschränkung des Wahlrechts auf einen einmaligen Zeitpunkt nicht zulasse, fehlgeht.

Auch die Bezugnahme des FinGer. auf das Urteil III A 34/35 v. 26. Aug. 1936 (RStBl. 1936, 950) und den Grundsatz von Treu und Glauben im Steuerrecht ist hier nicht am Platz. Ein Pflichtiger, der von einem nach Gesetz und Rspr. ihm zustehenden Recht Gebrauch macht, handelt nicht gegen Treu und Glauben. Ebenso geht fehl der Hinweis auf das Urteil I A 307/36 v. 9. März 1937 (RStBl. 1937, 680), wonach an sich gebotene Absetzungen für Abnutzung, die in Verlustjahren nicht oder nur unzureichend vorgenommen worden sind, in späteren Jahren in einer den steuerpflichtigen Gewinn mindernden Weise nicht nachgeholt werden dürfen. Das FinGer. übersieht, daß den gesetzlichen Bestimmungen über die Absetzungen für Abnutzung ganz andere Rechtsgedanken zugrunde liegen als den Vorschriften über die Abschreibung auf den Teilwert. Aus dem Grundsatz der Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz, der auch für das KörpStG. 1934 gilt (vgl. I A 145/36 v. 28. Juli 1936 [RStBl. 1936, 1002; StW. 1936 Nr. 429]), können hier Folgerungen für den Zeitpunkt des Herabgehens auf den niedrigeren Teilwert nicht gezogen werden, da die Immobilien in der Handelsbilanz seit der Goldmarkeröffnungsbilanz nur mit einem ganz geringen Wert — Erinnerungswert — zu Buch stehen und die Handelsbilanzen insoweit daher für die Gestaltung der Steuerbilanzen keinen Anhalt bieten konnten.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 19. Juli 1938, I 431/37.)

*

× **36. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. Schließen sich mehrere Hersteller von Waren zu einer mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Verkaufsgesellschaft zusammen, die die Waren in ihrem eigenen Namen, wenn auch für Rechnung der Gesellschafter verkauft, so sind diese Kaufverträge nicht nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. steuerbefreit.**

Durch Gesellschaftsvertrag v. 30. Nov. 1935 haben sich mehrere Inhaber von Granulit-, Granit- und Sandsteinwerken zu einer GmbH. (BeschwF.) zusammengeschlossen. Gegenstand der GmbH. ist die Absatzregelung von Hartsteinerzeugnissen der Werke der Gesellschafter. Verkaufsabschlüsse dürfen nur durch die GmbH. erfolgen. Etwa unmittelbar bei einem Gesellschafter eingehende Aufträge sind der GmbH. unverzüglich zu übermitteln und gelten als durch diese geworben. Die Aufträge werden von der GmbH. nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel verteilt. Die Abrechung mit den Gesellschaftern erfolgt unter Anrechnung eines Abzugs von 5 % des jeweiligen Nettoverkaufspreises; hiervon sind die Unkosten zu bestreiten.

Durch Schreiben v. 5. Mai 1937 bestätigte der Bürgermeister der Gemeinde A. den der GmbH. bereits mündlich erteilten Auftrag auf Lieferung von Packlagersteinen (Granulit) für den Ausbau einer Straße. Das FinA. erhob für diese Urkunde gemäß § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG. eine Kaufvertragsteuer von 14 *RM*.

Die Sprungberufung der GmbH., mit der sie Steuerfreistellung auf § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. begehrte, wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Auch ihre RBeschw. kann keinen Erfolg haben.

Nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. ist von der Besteuerung ausgenommen ein Kaufvertrag über einen Gegenstand, der im inländischen Betrieb des Verkäufers erzeugt oder hergestellt ist. Streitig ist, ob es sich im vorl. Falle um eine Herstellung im Betrieb des Verkäufers handelt. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn Hersteller und Verkäufer dieselben Personen sind; mit anderen Worten: der Verkäufer muß Selbsthersteller sein. Dies trifft aber hier nicht zu. Hergestellt werden die Packlagersteine von einem Steinbruchbesitzer, also von einem Gesellschafter der GmbH.; verkauft hingegen werden die Steine von der GmbH. Beim Verkauf glaubt die GmbH. (jedenfalls wirtschaftlich) eine bloße Vermittlertätigkeit zu entwickeln. Es kommt aber hier nicht auf die wirtschaftliche, sondern auf die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit der GmbH. gegenüber ihren Abnehmern an. Kaufabschlüsse aber dürfen nach dem Gesellschaftsvertrag nur durch die GmbH. erfolgen. Die GmbH. verkauft hiernach, wenn auch auf fremde Rechnung, so doch in ihrem eigenen Namen. Schließen sich, wie hier, mehrere Hersteller von Waren zu einer mit selbständiger Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Verkaufgesellschaft zusammen, die die Waren in ihrem eigenen Namen, wenn auch für Rechnung der Gesellschafter verkauft, so sind diese Kaufverträge nicht nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. steuerbefreit. Denn Syndikate, die die von ihren Mitgliedern hergestellten Waren im eigenen Namen verkaufen, sind nicht Selbsthersteller (in gleichem Sinn Eiffler, „UrkStG.", S. 134 Anm. 34 c; Boruttau, „UrkStG.", 3. Aufl., S. 133; Keßler, „UrkStG.", 2. Lief., S. 158). Das FinGer. hat daher mit Recht die Packlagersteine als nicht im Betrieb der Verkäuferin (GmbH.) hergestellt angesehen und folgerichtig die Anwendung der Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 a UrkStG. versagt.

(RFH., Urt. v. 17. Juni 1938, II 545/37 S.)

*

× **37. § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. Wird ein landwirtschaftliches Grundstück mit Inventar verkauft, so ist der Verkauf des Inventars steuerfrei, wenn es zum Gebrauch im Betrieb des Käufers erworben wird; hierbei ist es unerheblich, ob der Käufer zur Zeit des Kaufvertragsabschlusses einen landwirtschaftlichen Betrieb erst beginnen oder einen schon bestehenden fortsetzen oder erweitern will.**

Die Landwirtseheleute Sch. verkauften durch notariellen Vertrag v. 14. Sept. 1936 ihr landwirtschaftliches Grundstück ohne Erbhofeigenschaft an die Eheleute M. für 16 500 *RM*. Der Kaufvertrag enthält u. a. folgende Vereinbarungen: „IV. Die Übergabe ist bereits erfolgt. V. Das Eigentum an dem Vertragsanwesen soll auf die Käufer zu gleichen Teilen übergehen. Hierüber sind die Beteiligten einig und sie bewilligen und beantragen die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. VI. Mitverkauft ist das beim Vertragsanwesen vorhandene landwirtschaftliche Inventar. Von dem Kaufpreis werden 5000 *RM* auf das Inventar ausgeschieden."

Für den Vertrag ist eine Urkundensteuer von 28 *RM* erfordert, und zwar: 1. Nach § 12 Abs. 3 Ziff. 2 UrkStG. eine Kaufvertragssteuer von 5 v. T. von 5000 *RM* = 25 *RM*. 2. Nach § 20 Abs. 2 Ziff. 2 UrkStG. eine Vertragssteuer von 3 *RM*.

Auf die Sprungberufung des H. wurde die Steuer auf 3 *RM* ermäßigt.

Mit der Rechtsbeschwerde begehrt das FinA. die Wiederherstellung der Steuerforderung von 28 *RM*.

Die Rechtsbeschwerde kann keinen Erfolg haben.

Der Grundstückskaufvertrag als solcher und die sich auf ihn erstreckende Einigung unterliegen nicht der Urkundensteuer, da es sich insoweit um Rechtsvorgänge handelt, die unter das GrErwStG. fallen (§ 4 Abs. 1 Ziff. 6 UrkStG.).

Der Verkauf des Inventars unterfällt nicht dem GrErwStG.; er ist daher grundsätzlich nach § 12 UrkStG. mit der Kaufvertragsteuer zu belegen (vgl. Begründung zum UrkStG.: RStBl. 1936, 472), es sei denn, daß die Voraussetzungen der Befreiungsvorschrift des Abs. 4 dieser Vorschrift vorliegen. Nach § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. ist von der Besteuerung ausgenommen ein Kaufvertrag über einen Gegenstand, der zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers erworben wird. Als Betrieb gilt auch der land- und forstwirtschaftliche Betrieb. Aus den Worten der Befreiungsvorschrift „zum Gebrauch oder Verbrauch im Betrieb des Käufers" glaubt das FinA. schließen zu müssen, daß die Befreiungsvorschrift nur dann anwendbar sei, wenn der Käufer bereits einen Betrieb besitzt, und hält, da dies hier nicht zutrifft, die Befreiungsvorschrift für nicht anwendbar. Diese Auslegung der Befreiungsvorschrift aber ist zu eng und entspricht nicht dem Zweckgedanken der Befreiungsvorschrift, die sich nach der Gesetzesbegründung (RStBl. 1936, 482) in ihren Grundzügen den in fast allen Landesstempelgesetzen beim Kaufstempel zum Schutz des gewerblichen Verkehrs vorgesehenen weitgehenden Stempelbefreiungsvorschriften anschließen will. Wie der Sen. in der Entsch. v. 10. Juni 1938, II 283/37 dargelegt hat, ist die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer den ganzen Betrieb von dem bisherigen Betriebsinhaber erwirbt. Unerheblich ist es, ob der Käufer den Betrieb zur Zeit des Vertragsschlusses bereits ausübt oder ob er die Gegenstände zum Aufbau des Betriebs erwirbt, ob er also den Betrieb erst eröffnen oder den schon bestehenden fortsetzen oder erweitern will (vgl. Eiffler, „UrkStG." S. 237; Boruttau, „UrkStG.", 3. Aufl., S. 134). Im Ergebnis zutreffend hat daher das FinG. im vorliegenden Falle die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 4 Ziff. 1 b UrkStG. für anwendbar erklärt und daher die Kaufvertragsteuer von 25 *RM* fallen gelassen.

Auch darin ist dem FinG. im Ergebnis beizupflichten, daß der Vertrag jedenfalls eine Steuer von 3 *RM* erfordert. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vertrag auch die Beurkundung einer Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Inventar enthält oder nicht. Nimmt man eine solche Beurkundung als vorliegend an, so würde das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht als Bestandteil des schuldrechtlichen Inventarkaufgeschäfts angesehen werden können und daher nach § 20 Abs. 2 Ziff. 2 UrkStG. i. Verb. m. § 45 Abs. 4 Satz 1, 2 UrkStG. die Vertragsteuer von 3 *RM* erfordern; andernfalls aber wäre gleichfalls die Erhebung einer Steuer von 3 *RM*, und zwar als Beurkundungssteuer nach § 45 Abs. 1, 3 UrkStG. begründet.

(RFH., Urt. v. 10. Juni 1938, II 7/38 S.)

*

× **38. § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. Ein Vertrag auf bestimmte Zeit i. S. des § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. ist auch ein Dienstvertrag, bei dem die Dauer des Dienstverhältnisses von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängt.**

Im Okt. 1936 schloß die BeschwF. mit Prof. A. einen privatwirtschaftlichen Vertrag, auf Grund dessen A. die Leitung eines Instituts der BeschwF. übernahm. Nach § 2 des Vertrags erhält A. neben den aus seiner staatlichen Stellung als Leiter des Instituts fließenden Bezügen v. 1. April 1936 ab von der BeschwF. eine nicht pensionsfähige Zulage von jährlich 7000 *RM*. In § 3 des Vertrags wird die Dauer des Vertragsverhältnisses auf die Zeit bemessen, während welcher A. die für den Leiter des Instituts geschaffene staatliche Stelle bekleidet. Eine Kündigung des Vertragsverhältnisses war ausgeschlossen. Die Vorinstanzen haben den Vertrag als Dienstvertrag auf bestimmte Zeit angesehen und die Urkundensteuer nach § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. aus der fünfjährigen Vergütung errechnet. Die RBeschw., welche wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache zugelassen worden ist, begehrt Berechnung der Steuer aus der einjährigen Vergütung, da der Vertrag ein solcher auf unbestimmte Zeit sei.

Ob ein steuerpflichtiger Dienstvertrag i. S. des § 14 UrkStG. vorliegt, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Wie sich aus der Begründung zum UrkStG. (RStBl. 1936, 486 ff.) ergibt, ist aber auch die Frage, ob ein Dienstvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit i. S. des § 14 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 UrkStG. abgeschlossen ist, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Eine Beurteilung nach anderen Gesichtspunkten kommt nur in Betracht, wenn sich in Einzelfällen aus Sinn und Zweck des Gesetzes oder seiner Begründung ein anderer Wille des Gesetzgebers ergibt, wie z. B. bei Dienstverträgen, die auf Lebenszeit abgeschlossen sind.

Im vorl. Falle ist die Dauer des Dienstverhältnisses auf die Zeit bemessen, während welcher A. seine Stelle als staatliche Stelle bekleidet. Das Dienstverhältnis soll also enden, wenn die Bekleidung der staatlichen Stelle endet, d. h. die Dauer des Dienstverhältnisses ist von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht. In solchem Falle ist aber nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts ein Dienstverhältnis von bestimmter Dauer gegeben, wenn auch noch ungewiß ist, wann das Ereignis eintritt (vgl. Staudinger, „Kommentar zum BGB.", § 620, Anm. I 1 c). Der Wille der Parteien beim Vertragsschluß ging dahin, daß mit dem Ende der staatlichen Anstellung ohne weiteres auch der Privatdienstvertrag aufgelöst werden solle. Das Ende des Dienstvertrags ist auf ein genau bestimmtes Merkmal abgestellt, die Dauer des Dienstvertrags fest begrenzt und deshalb der Vertrag sowohl nach bürgerlichem Recht als auch i. S. von § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. ein solcher auf bestimmte Zeit.

Die RBeschw. ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

(RFH., Urt. v. 17. Juni 1938, II 334/37 S.)

*

39. § 14 UrkStG. Ein Mandatsvertrag eines Rechtsanwalts ist in der Regel als Dienstvertrag mit 1 v. T. der vereinbarten Vergütung steuerpflichtig. †)

Der BeschwF. ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht. Das FinA. hat in folgenden vier Fällen von dem BeschwF. eine Steuer nach § 14 UrkStG. (Dienstverträge) mit insgesamt 3 *RM* erfordert:

1. Am 17. Dez. 1936 hat RA. v. H. dem BeschwF. geschrieben: „In der Anlage überreiche ich Ihnen den mir zugegangenen Einkommensteuerbescheid und bitte Sie, mich in dem Rechtsmittelverfahren zu vertreten, insoweit man mir die Unkosten für die Benutzung meines Kraftwagens nicht zugelassen hat. Die näheren Umstände ersehen Sie aus der anliegenden Schilderung meiner Berufstätigkeit. Ich bitte Sie, meinen Standpunkt mit allem Nachdruck zu vertreten, da ich nicht gesonnen bin, die 370 *RM* Steuermehrbetrag zu tragen." Am 19. Dez. 1936 hat der BeschwF. wie folgt geantwortet: „Ihr Schreiben v. 17. d. Mts. habe ich erhalten und bin bereit, das Rechtsmittelverfahren für Sie durchzuführen. Ich bitte Sie, die anliegende Vollmacht zu unterzeichnen. Ich werde mich mit dem FinA. in Verbindung setzen und Ihnen dann weiter berichten." Das Honorar beträgt in diesem Fall 200 *RM*.

2. Am 28. Dez. 1936 hat die Firma A. dem BeschwF. geschrieben: „Wir haben zur Zeit die Buchprüfer im Hause, die namentlich unsere große Fusion einer Nachprüfung unterziehen. Wir haben zwar unsere eigene Steuerabteilung, doch handelt es sich hier, wie wir schon jetzt sehen, um so verwickelte Fragen, daß wir ohne die Mitwirkung eines anerkannten Spezialisten nicht auskommen werden. Wir möchten uns daher schon jetzt Ihre Mitwirkung, insbesondere für die Schlußbesprechung sichern und fragen daher an, ob Sie bereit sind, unsere Vertretung zu übernehmen und ob Sie Ende Januar verfügbar sein werden, da dann die Schlußbesprechung voraussichtlich stattfinden wird." Die Antwort des BeschwF. v. 2. Jan. 1937 lautet folgendermaßen: „Ihr Schreiben v. 28. v. Mts. habe ich erhalten und erkläre mich grundsätzlich gern bereit, Ihre Vertretung zu übernehmen. Ihren weiteren Informationen sehe ich entgegen." Das Honorar für die Schlußbesprechung beträgt 1500 *RM*.

3. Am 3. Febr. 1937 hat das Institut für W. an den BeschwF. nachstehendes Schreiben gerichtet: „Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen gestern geführte Unterhaltung und danken Ihnen bestens, daß Sie unsere Vertretung übernommen haben. Wir überreichen Ihnen anbei diejenigen Unterlagen, deren Kenntnis Ihnen für die Durchführung der Angelegenheit erwünscht erscheint. Gleichzeitig reichen wir die Vollmacht unterschrieben zurück." Das Honorar beträgt in diesem Fall 500 *RM*.

4. Am 27. Febr. 1937 hat die Firma B. & Co. dem BeschwF. geschrieben: „Wir bitten Sie freundlichst, für uns die beiden anliegenden Forderungen, die wir vergeblich angemahnt haben, nämlich gegen C. Sch. von 1500 *RM* und gegen W. E. von 8237 *RM* einklagen zu wollen und uns von dem Ergebnis Mitteilung zu machen. Alles Nähere ersehen Sie aus den beigefügten Unterlagen. Zwei Prozeßvollmachten fügen wir bei." Die Antwort des BeschwF. v. 3. März 1937 lautet: „Ihr Schreiben v. 27. v. Mts. mit den beiden Prozeßführungsaufträgen habe ich erhalten und bestätige die Annahme des Mandats. Ich habe die Klageschriften, wie aus der Anlage ersichtlich, entworfen und werde sie noch heute einreichen. Ich werde Sie weiter auf dem Laufenden halten." Das Honorar beträgt im Falle Sch. 180 *RM*, im Falle E. 561 *RM*.

Die Sprungberufung, mit der der BeschwF. Steuerfreistellung begehrte, wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde.

In erster Linie war zu prüfen, ob es sich bei den hier vorliegenden Verträgen um Dienstverträge i. S. des § 14 UrkStG. handelt. Ob ein Dienstvertrag i. S. des § 14 UrkStG. vorliegt, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Dienstverträge sind hiernach gegenseitige Verträge, durch die der Dienstpflichtige zur Leistung der versprochenen Dienste und der Dienstberechtigte zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird. Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art, auch solche höherer Art sein (§ 611 BGB.). Der BeschwF. bestreitet, daß die Mandatsverträge der Rechtsanwälte Dienstverträge im bürgerlich-rechtlichen Sinne seien, da die Stellung des Anwalts öffentlich-rechtlicher Art sei, ihm durch die RAO. Pflichten öffentlicher Art auferlegt seien und daher die Art und Weise, wie er seinen Auftrag auszuführen habe, überwiegend durch die öffentlich-rechtlichen Normen des Anwaltsberufsrechts und nicht durch die Wünsche und Weisungen des Auftraggebers bestimmt sei. Die Einwendungen des BeschwF. gegen das Vorliegen von Dienstverträgen sind nicht stichhaltig. Dem BeschwF. ist darin beizupflichten, daß die Stellung des Rechtsanwalts auch öffentlich-rechtlicher Art ist. Das hat das RG. in zahlreichen Entsch. betont, zugleich aber darauf hingewiesen, daß dies nur die eine Seite des Anwaltsberufs ist und daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber auf einem bürgerlich-rechtlichen Vertrag — in der Regel auf einem Dienstvertrag — beruht (RGZ. 39, 134, 137; 55, 169; 66, 150 = JW. 1907, 475; RGZ. 75, 98, 105 = JW. 1911, 209; RGZ. 88, 223 = JW. 1916, 963; RGZ. 110, 139 = JW. 1925, 602; Staudinger, „Kommentar zum BGB.", 9. Aufl., S. 703). Der RGRKomm., 8. Aufl., S. 259, äußert sich zusammenfassend zu dieser Frage wie folgt: „Bei dem Beruf des Rechtsanwalts tritt nicht sowohl die Ausübung des wirtschaftlichen Erwerbs als vielmehr die Betätigung geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls in den Vordergrund; insoweit er aber von einer Privatperson zu deren Beistand zugezogen wird, liegt ein Vertragsverhältnis des bürgerlichen Rechts vor, dem in der Regel ein Dienstvertrag und nur ausnahmsweise, wenn nicht die Arbeit des Anwalts, sondern ein durch die herbeizuführender Erfolg, z. B. die Erstattung eines Gutachtens, den Gegenstand seiner Verpflichtung bildet, ein Werkvertrag zugrunde liegt." Richtig ist, daß nach nationalsozialistischer Weltanschauung und nach dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" der Beruf des Anwalts als ein „Dienst am Recht" anzusehen ist. Allerdings sind für die Tätigkeit des Anwalts öffentlich-rechtliche Normen richtunggebend; es darf aber nicht übersehen werden, daß im Rahmen dieser Normen der Rechtsanwalt auch die berechtigten Belange seines Auftraggebers wahrnehmen soll und muß, und zwar auf Grund des auf privater Vereinbarung beruhenden Rechtsverhältnisses zu seinem Auftraggeber, das in den hier vorliegenden Fällen die Merkmale des Dienstvertrags (§ 611 BGB.) erfüllt. Daß der Rechtsanwalt bei Ausführung des Dienstvertrages an Weisungen seines Auftraggebers nur insoweit gebunden ist, als sie mit den Gesetzen und mit der nationalsozialistischen Weltanschauung sowie mit den daraus erwachsenden Berufspflichten im Einklang stehen, ist selbstverständlich und nimmt dem Mandatsvertrag nicht die Rechtsnatur des Dienstvertrags. Wenn hiernach die Vorinstanzen Dienstverträge i. S. des § 14 UrkStG. als vorliegend angenommen haben, stehen sie nicht im Widerspruch zu den Grundsätzen des § 1 StAnpG.

Wie sich aus der Begründung zum UrkStG. (RStBl. 1936, 486 ff.) ergibt, ist auch die weitere Frage, ob ein Dienstvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit i. S. des § 14 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 UrkStG. abgeschlossen ist, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Aus der eben erwähnten Begründung zum UrkStG. in Verb. mit § 620 Abs. 2 BGB. aber ergibt sich, daß der Vereinbarung einer bestimmten Zeit gleichzustellen ist die Bestimmung einer Zeitdauer, die sich aus

der Beschaffenheit und dem Zweck der Dienstleistung ergibt. Wird ein Anwalt für einen Prozeß bestellt, so endigt das Dienstverhältnis mit der Vollendung des Geschäfts. (Staudinger, „Kommentar zum BGB.", 9. Aufl., S. 882; vgl. auch RGRKomm., 8. Aufl., Erl. 1 zu § 620 BGB. und Erl. 3 zu § 723 BGB. und das Urt. des Sen. II 334/37 v. 17. Juni 1938 vorstehend unter Nr. 38 abgedruckt).

Es ist daher gemäß § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. der Besteuerung die für die Vertragsdauer vereinbarte Vergütung, d. h. die gesamte vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen.

Nach § 14 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. ist von der Besteuerung ausgenommen ein Dienstvertrag, wenn die auf eine einjährige Vertragsdauer errechnete Vergütung den Betrag von 3600 RM nicht übersteigt. Die Befreiungsvorschrift setzt also voraus, daß im einzelnen Falle eine Errechnung der Vergütung auf eine einjährige Vertragsdauer überhaupt möglich ist. Dies ist aber bei den vorliegenden Mandatsverträgen nicht der Fall, da sie zwar auf die Dauer eines bestimmten Auftrags, aber nicht auf einen bestimmten Zeitabschnitt abgeschlossen sind. Die Vergütung läßt sich daher hier nicht nach Zeitabschnitten (Jahresabschnitten) und daher auch nicht auf eine einjährige Vertragsdauer umrechnen. Der Senat hält hiernach in den vorliegenden Fällen die Befreiungsvorschrift des § 14 Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. für nicht anwendbar und kommt damit zu dem gleichen Ergebnis wie der RFM. in seinem Runderlaß v. 1. Febr. 1937, S 5800/30 III Abschn. III Abs. 1 (RStBl. S. 322). Da eine Umrechnung der Vergütung nach Jahresabschnitten in den vorliegenden Fällen nicht möglich ist, ist auch die Versteuerungsbeschränkung des § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG., wonach der Versteuerung höchstens die für die Dauer von 5 Jahren vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen ist, nicht anwendbar (vgl. Eiffler, UrkStG. S. 279 Anm. 8 b).

Nach alledem hat das FinGer. im Ergebnis zutreffend die Fälle 1, 2 u. 4, in denen die Verträge durch Austausch von Briefen zustande gekommen sind, nach der vereinbarten Vergütung gemäß § 14 Abs. 2 Ziff. 1 UrkStG. versteuert. Hinsichtlich der Versteuerung des Falles 3 ist jedoch das FinGer. nicht frei von Rechtsirrtum und aus diesem Grunde seine Entsch. aufzuheben. Das FinGer. hat, da es sich hier nicht um einen Austausch von Briefen, sondern um eine einseitige vom Mandanten unterzeichnete, dem BeschwF. ausgehändigte Urkunde handelt, die Steuerschuld als nach § 2 Abs. 1 Ziff. 2 b UrkStG. entstanden angesehen. Es soll aber hier im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nicht eine Beweisurkunde hinsichtlich des Dienstvertrages geschaffen werden, zumal sich aus der Urkunde überhaupt nicht ergibt, in welcher Beziehung die Dienste des BeschwF. von dem Auftraggeber in Anspruch genommen werden. Vielmehr handelt es sich lediglich um die Übersendung von Unterlagen durch den Auftraggeber unter Bezugnahme auf die vom BeschwF. übernommene Vertretung. Da diese nur historisch zur Verdeutlichung erwähnt wird, fehlt insoweit eine Beurkundungsabsicht und ist daher insoweit auch keine Steuerpflicht begründet, was das FinGer. verkannt hat.

Unter Aufhebung der Vorentscheidung ist hiernach die Urkundensteuer anderweit auf 2,50 RM festzusetzen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 19. Aug. 1938, II 396/37.)

Bemerkung: Siehe hierzu die Aufsätze des MinR. Dr. Eiffler und RAe. Dr. Koppe und Dr. Dr. Megow in diesem Heft S. 2457 ff.

*

× 40. § 2 GewStG.: § 18 Abs. 1 Ziff. 3 EinkStG. Voraussetzung für die Gewerbesteuerpflicht eines Hausverwalters.

Die BeschwF. verwaltet 29 Häuser für mehrere ausländische und für einige inländische Grundstückseigentümer; für jedes Grundstück führt die BeschwF. ein Karteiblatt, außerdem weitere Aufzeichnungen über Provisionen und sonstige Zahlungen. Ihr Umsatz beträgt 1936 rund 21 000 RM. Sie benutzt für die Erledigung ihrer Arbeiten zwei Angestellte, ferner drei Räume und anteilig ein Auto. 1936 hat sie an Gehältern 6194,23 RM und an sozialen Lasten 916,22 RM gezahlt.

Das FinGer. hat die Berufung der BeschwF. zurückgewiesen.

Die RBeschw. ist begründet.

Eine Rspr. des RFH. zu der Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden Gewerbesteuerpflicht besteht, liegt nicht vor. Insbesondere die Urteile des Umsatzsteuersenats können hier nicht herangezogen werden, weil es für die Umsatzsteuer unerheblich ist, ob Gewerbe oder freier Beruf vorliegt. Auch das Urteil VI A 690/30 v. 1. Mai 1930 (StW. 1930 Nr. 611) kann hier kaum herangezogen werden, da es im wesentlichen die Frage entscheidet, ob der Hausverwalter Angestellter ist oder nicht. Wenn dieses Urteil zum Schluß sagt, daß die Hausverwaltertätigkeit in derartigen Fällen regelmäßig der Vermögensverwaltung zuzurechnen sei, so ist hierbei nicht zu übersehen, daß die Entscheidung ausdrücklich Fälle behandelt, wo ein in einem Hause wohnender Mieter dieses Haus verwaltet.

Zu prüfen ist, ob die Tätigkeit der StPfl. unter § 18 Ziff. 1 oder 3 EinkStG. fällt. Ziff. 1 scheidet aus, weil die Tätigkeit des Hausverwalters keine der Berufstätigkeit der Ärzte usw. ähnliche Tätigkeit ist. In Frage kommt deshalb nur, ob die Hausverwaltertätigkeit als Vermögensverwaltung i. S. des § 18 Abs. 1 Ziff. 3 anzusehen ist. Der Senat bejaht im Grund diese Frage.

Es ist hierbei aber zu berücksichtigen, daß nach der Rspr. (vgl. VI A 220/27 v. 30. Mai 1927: RFH. 21, 245 durch § 35 EinkStG. 1925, Abs. 1 Ziff. 2 — jetzt § 18 Abs. 1 Ziff. 3 EinkStG. 1938 —) zum Ausdruck gebracht ist, daß es sich um Einkünfte handeln muß, die durch eine in der Hauptsache rein persönliche Arbeitstätigkeit erzielt werden. Deshalb spricht das Gesetz von Einkünften aus selbständiger Arbeit. Es handelt sich bei § 18 Ziff. 3 um eine Tätigkeit, wo die persönliche Tätigkeit im Vordergrund steht, während sich die Tätigkeit der mitarbeitenden Personen auf Hilfeleistungen beschränkt. Voraussetzung ist außerdem, daß die Tätigkeit des Hausverwalters nicht als Teil einer gewerblichen Tätigkeit anzusehen ist, wie z. B. bei Grundstücksmaklern, wenn diese neben ihrer Grundstücksmaklertätigkeit noch Häuser verwalten. In solchen Fällen handelt es sich um einen einheitlichen Gewerbebetrieb. Es kann das auch auf andere Gewerbe zutreffen, wo im Rahmen des Gewerbebetriebs auch die Hausverwaltung geführt wird.

Im vorl. Fall ist bisher nicht geprüft worden, ob die BeschwF. die Hausverwaltung in der Hauptsache persönlich ausführt, so daß die von ihr angenommenen Hilfskräfte im wesentlichen nur als Bürokräfte, Boten und zu ähnlichen Hilfsleistungen dienen, oder ob, wie es nach dem Umfang der Hausverwaltung möglich wäre, die Arbeitskräfte der BeschwF. eine mehr selbständige Tätigkeit ausüben und selbständig Verwaltungshandlungen tätigen. Je größer die Tätigkeit eines Hausverwalters ist, um so eher werden die mittätigen Arbeitskräfte selbständig Arbeiten erledigen. Es kommt darauf an, ob die BeschwF. alle Entscheidungen von irgendwelcher Bedeutung selbst trifft.

Der Umstand, daß die BeschwF. zwecks Vermietung Anzeigen aufgibt, beweist nichts für die gewerbliche Tätigkeit, da nicht zu ersehen ist, wie auch ein Privatmann, der eine Wohnung vermieten will, das zweckmäßiger als durch eine Zeitungsanzeige erledigen könnte.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 15. Juni 1938, VI 311/38.)

*

× 41. § 2 Abs. 3 GewStG. Soweit die Tätigkeit der sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und der nicht rechtsfähigen Vereine nach § 2 Abs. 3 GewStG. der Gewerbesteuer unterliegt, bildet sie stets einen einzigen Gewerbebetrieb, auch wenn von einer solchen Person oder einem solchen Verein mehrere wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten werden.

Der steuerpflichtige eingetragene Verein unterhält in N. eine Buchhandlung, in P. ein Erholungsheim und einen landwirtschaftlichen Betrieb. Das FinA. hat bei der Veranlagung zur Gewerbesteuer für 1937 die Buchhandlung und das Erholungsheim als selbständige Gewerbebetriebe betrachtet und sie gesondert veranlagt. Für die Buchhandlung setzte es einen einheitlichen Steuermeßbetrag von 169 RM fest. Für das Erholungsheim ergab sich mangels eines steuerpflichtigen Gewerbeertrags und Gewerbekapitals kein Steuermeßbetrag. Demgegenüber hat der Verein verlangt, seine Gesamttätigkeit, soweit sie sich auf die beiden von ihm unterhaltenen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe beziehe, als einen einheitlichen Gewerbebetrieb anzusehen und als solchen zur Gewerbesteuer heranzuziehen. Sein Einspruch ist jedoch erfolglos geblieben. Dagegen hat das FinGer. seiner Berufung stattgegeben und den Gewerbesteuermeßbetrag einheitlich auf 60 RM festgesetzt.

Die RBeschw. des FinA. ist unbegründet.

Der steuerpflichtige Verein gehört als eingetragener Verein zu den „sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts" i. S. des § 2 Abs. 3 GewStG. Hier ist bestimmt, daß als Gewerbebetrieb auch die Tätigkeit dieser Personen gilt, soweit sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (ausgenommen Land- und Forstwirtschaft) unterhalten. Nach dem Wortlaut der Gesetzesvorschriften kann es zweifelhaft sein, ob bei den bezeichneten Personen stets nur ein

einziger Gewerbebetrieb vorliegen soll, auch wenn sie mehrere wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, oder ob im letzteren Fall mehrere Gewerbebetriebe als gegeben anzunehmen sind. Im Schrifttum, insbes. in den Erläuterungsbüchern, ist die Frage bestritten. Für die Annahme nur eines Gewerbebetriebs sprechen sich aus: die Erläuterungsbücher von Metz (S. 50, Anm. IV 1c zu § 2), von Oeftering-Herzler-Gebert (Anm. 4, Einl. zu § 2 S. 93/94) und von Ringelmann-Freudling (S. 111 und 112, Anm. zu § 2); das Vorliegen mehrerer Gewerbebetriebe wird vertreten in den Erläuterungsbüchern von Abraham (Anm. II D 3 S. 11) und von Schwede (Anm. 24 zu § 2). Das FinGer. hat aus dem ganzen Aufbau des GewStG. gefolgert, daß in allen Fällen des § 2 Abs. 2, 3 GewStG. stets nur ein Gewerbebetrieb vorliegt.

Dieser Auffassung muß beigetreten werden. Für ihre Richtigkeit spricht ausschlaggebend die Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 3 GewStG. Diese Vorschrift ist hervorgegangen aus § 4 Ziff. 2 GewStRahmenG. Hier waren die sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und die nicht rechtsfähigen Vereine unter der Voraussetzung, daß sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhielten und vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder ihre Mitglieder bezweckten, den in Ziff. 1 a. a. O. aufgeführten Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit völlig gleichgestellt. Für die beiden Gruppen war gleichmäßig in den Einleitungsworten der Vorschrift die unwiderlegbare Rechtsvermutung aufgestellt, daß ihre Tätigkeit stets als Gewerbe zu gelten habe. Die Vorschrift hatte, wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergab und zudem in der Begründung zum Entwurf des ursprünglichen GewStRahmenG. (RTDrucks. 1928 Nr. 568 S. 111) ausdrücklich hervorgehoben war, u. a. die Bedeutung, daß die in ihr bezeichneten Wirtschaftsgebilde stets als Einheit zur Gewerbesteuer herangezogen werden sollten, und zwar auch dann, wenn in ihrer Rechtsform mehrere verschiedene, nur durch die Person des Gewerbetreibenden (der Gesellschaft, des Vereins usw.) miteinander verbundene Unternehmungen betrieben wurden. Das GewStG. 1936 hat die Vorschrift des § 4 Ziff. 1 GewStRahmenG. im wesentlichen unverändert (in § 2 Abs. 2 Ziff. 2) übernommen. Dagegen ist in ihm die Vorschrift des § 4 Ziff. 2 GewStRahmenG. dahin abgewandelt worden, daß die Tätigkeit der sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und der nicht rechtsfähigen Vereine nur insoweit als Gewerbebetrieb gelten soll, als sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (ausgenommen Land- und Forstwirtschaft) unterhalten. Die Tätigkeit der sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts usw. ist also nunmehr für die Gewerbesteuer in eine steuerpflichtige und in eine steuerfreie gespalten. Die notwendige Folge ist, daß für die Anwendung des bezeichneten Grundsatzes über die Beurteilung als einheitlicher Gewerbebetrieb an die Stelle der Gesamttätigkeit die gesamte steuerpflichtige Tätigkeit dieser Personen getreten ist. Daß aber darüber hinaus der genannte Grundsatz für die in § 2 Abs. 3 GewStG. aufgeführten Wirtschaftsgebilde überhaupt habe aufgegeben werden wollen, dafür lassen sich weder in der Fassung der neuen Gesetzesvorschrift, in der dies dann deutlich hätte zum Ausdruck kommen müssen, noch in der Begründung zum GewStG. 1936 (RStBl. 1937, 693) oder in den Gewerbesteuer-Richtlinien des RFM. (RStBl. 1937, 513, 518) zuverlässige Anhaltspunkte finden. Es muß daher angenommen werden, daß der Grundsatz in der erwähnten Abwandlung auch noch für das neue Gewerbesteuerrecht gilt, d. h. daß die steuerpflichtige Tätigkeit der in § 2 Abs. 3 GewStG. aufgeführten Personen stets einen einzigen Gewerbebetrieb bildet, auch wenn von einer solchen Person mehrere wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten werden.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 14. Juni 1938, I 184/38.)

*

× 42. § 8 Ziff. 3 GewStG. Zum Begriff des stillen Gesellschafters in § 8 Ziff. 3 GewStG. gehört nicht die Beteiligung an einem Handelsgewerbe. Unterscheidung zwischen stillen Gesellschaftern und am Gewinn beteiligten Angestellten.

Der im Jahr 1873 geborene BeschwF. ist Bauunternehmer. Er gibt an, er habe sich infolge seines Alters und seines Gesundheitszustandes vom Geschäft zurückgezogen und dessen Leitung seinem Sohn, dem Maurermeister Hans R., übertragen. Dieser erhält Gehalt und Gewinnanteil. Das FinGer. hat dem vom BeschwF. angegebenen Gewerbeertrag von 28 110 *RM* gemäß § 8 Ziff. 3 GewStG. den Gewinnanteil des Hans R. mit 13 898 *RM* und das Gehalt mit 9600 *RM* hinzugesetzt. Der BeschwF. macht geltend, Hans R. sei nicht stiller Gesellschafter, sondern nur am Gewinn beteiligter Angestellter. Die Gewinnanteile und das Gehalt hätten deshalb nicht hinzugesetzt werden dürfen. Die RBeschw. ist nicht begründet.

Zunächst könnte in Frage kommen, ob eine stille Gesellschaft deshalb nicht anzunehmen wäre, weil der BeschwF. etwa nicht im Handelsregister eingetragen ist. Bauunternehmer können im allgemeinen nur nach § 2 HGB. Kaufleute sein, d. h. also nur wenn sie im Handelsregister eingetragen sind. Nach § 335 HGB. setzt aber die stille Gesellschaft die Beteiligung am Handelsgewerbe eines anderen voraus.

Der RFH. nimmt nicht an, daß es hierauf für die Gewerbesteuer ankommt. Er geht davon aus, daß der Begriff des „stillen Gesellschafters" hier weiter zu fassen ist, anders als in § 20 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG., wo ausdrücklich auf die Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter abgestellt ist. Wenn im § 8 Ziff. 3 GewStG. demgegenüber nur von den Gewinnanteilen des stillen Gesellschafters die Rede ist, so entnimmt der RFH. hieraus und auch aus dem Gesichtspunkt, daß das GewStG. für alle Gewerbe gilt, daß der Begriff des stillen Gesellschafters im GewStG. nicht die Beteiligung an einem Handelsgewerbe, sondern lediglich die Beteiligung an einem Gewerbe voraussetzt. Es brauchte deshalb nicht festgestellt zu werden, ob der BeschwF. im Handelsregister eingetragen ist.

Nun wird die Abgrenzung des stillen Gesellschafters vom Arbeitnehmer, der am Gewinn beteiligt ist, nicht selten Schwierigkeiten verursachen. Der Satz des HGB., daß der stille Gesellschafter mit einer Vermögenseinlage beteiligt sein muß, kann allerdings hier nicht entscheidend in Betracht kommen, da nach der handelsrechtlichen Auffassung, die auch der Rspr. des PrOVG. zur Gewerbesteuer zugrunde gelegen hat, auch Dienste, soweit sie in Geld schätzbar sind und durch sie der Gesellschaft Aufwendungen erspart werden, als Einlagen in Betracht kommen können (vgl. z. B. Entsch. des PrOVG.: OVG. 83, 71).

Nicht jede Beteiligung eines im Betrieb Beschäftigten am Gewinn ist aber als stille Gesellschaft aufzufassen. Es wird im Gegensatz zu der Beschäftigung eines Angestellten für die stille Gesellschaft ein gesellschaftsähnliches Verhältnis erfordert werden müssen. Das wird im allgemeinen nur vorliegen, wenn es sich um eine erheblichere Gewinnbeteiligung handelt und wenn das Verhältnis auf beiden Seiten für längere Zeit verbindlich ist und für den stillen Gesellschafter nicht nur auf die Entlohnung ein Recht besteht. Sonst wird man in der Regel ein Angestelltenverhältnis annehmen müssen. Man wird naturgemäß viel weniger geneigt sein, bei einer Beteiligung am Gewinn mit 5 % eine stille Gesellschaft anzunehmen, als bei einer Beteiligung von etwa 30—40 %. Wenn diese Beteiligung und das Beschäftigungsverhältnis des Beteiligten auf längere Zeit so festgelegt ist, daß beide Beteiligten hiervon nicht abgehen können, so wird man eine stille Gesellschaft annehmen müssen.

Nun handelt es sich hier um das Verhältnis von Vater und Sohn. Der alternde Vater hat seinen Sohn in das Geschäft hereingenommen, damit er einen großen Teil der geschäftlichen Arbeiten erledigt, schon in der Erwartung, daß der Sohn später einmal das Geschäft übernehmen wird. Dem Sohn ist aber schon jetzt ein erheblicher Anteil am Gewinn des Geschäfts ausbedungen. Daß im vorl. Falle dieser Anteil noch in ein festes Gehalt von 9600 *RM* und einen Gewinn von 13 898 *RM* zerlegt worden ist, wird für die Sache wenig Bedeutung haben, da das feste Gehalt, wenn das Unternehmen schlecht rentierte, wahrscheinlich im Einvernehmen von Vater und Sohn entsprechend ermäßigt werden würde. Bei diesem Verhältnis hat nun das FinGer. mit Recht angenommen, daß der Sohn i. S. der obigen Ausführungen als stiller Gesellschafter i. S. des Gewerbesteuerrechts anzusehen ist. Auch hier handelt es sich um ein Verhältnis von längerer Dauer, bei dem nicht daran zu denken ist, daß es kurzfristig von einem der Beteiligten aufgelöst werden sollte, und um eine erhebliche Gewinnbeteiligung.

Es würde dem Sinn und Zweck des GewStG., den Ertrag des Gewerbes als solchen zu besteuern, widersprechen, wenn eine derartige Gewinnbeteiligung von etwa 40 % des Gewerbeertrages der Gewerbesteuer entzogen werden sollte, und zwar dadurch, daß der Sohn nicht als Mitinhaber, sondern in der Form lediglich eines Angestellten auftritt. Es muß davon ausgegangen werden, daß der § 8 Ziff. 3 GewStG. derartige Entlohnungen als Anteile eines stillen Gesellschafters auffaßt.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 16. März 1938, VI 154/38.)

*

× 43. § 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1, 2 Nr. 1 UmsStG. 1934. Wer in einer Gaststätte den Gästen gegenüber als Wirt auftritt, ist umsatzsteuerrechtlich Unternehmer, nicht Angestellter.

Zu der Vergnügungsstätte N. in P. gehört auch eine Bierstube. Sie hängt mit den übrigen Räumen zusammen, hat aber auch einen eigenen Eingang von der Straße her. Die die Ver-

gnügungsstätte führende Firma hat dem StPfl. den Betrieb der Bierstube zu folgenden Bedingungen überlassen: Die Firma trägt die Aufwendungen für Licht, Heizung, Kohlensäure, Eis; der StPfl. hat für die Reinhaltung aufzukommen. Die Firma liefert das Bier zu festgesetzten, bei steigendem Umsatz fallenden Preisen; der Verkaufspreis des Bieres ist vorgeschrieben; Bedienungsgeld wird für das Bier nicht erhoben. Wein und Liköre hat der StPfl. von der Firma zu beziehen und zu vorgeschriebenen Preisen zu verkaufen. Raucherwaren und Schokolade kauft er selbständig ein. Auch die Speisen bezieht er von der Firma und setzt sie zu festgesetzten Preisen zuzüglich 10 % Bedienungsgeld ab. Die Bierstube ist von ½9 Uhr bis zur Polizeistunde offenzuhalten. Die Schankerlaubnis ist auf den Namen der Firma gestellt. Der StPfl. hat eine Kaution von 300 RM zu stellen. Für ihn ist ein Arbeitsbuch und eine Lohnsteuerkarte ausgestellt. Die Firma trägt die Beiträge zu seiner Arbeitslosenversicherung, Invalidenversicherung und Krankenversicherung in dem gleichen Umfang, wie sie nach dem Gesetz der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer zu tragen hat. Nach den Feststellungen des Betriebsprüfers vereinnahmt der StPfl. die Entgelte für Speisen, Getränke und Tabakwaren ohne Unterschied für seine Rechnung und hat entstehende Verluste zu tragen.

Die Firma hält den StPfl. nicht für ihren Angestellten. Er selbst will als Angestellter gelten und deshalb umsatzsteuerfrei sein. Das FinGer. hat die Veranlagung nur insoweit aufrechterhalten, als er Waren verkauft hat, die ihm nicht von der Firma geliefert worden sind. Die RBeschw. des FinA. ist begründet.

Zu der Frage, wer umsatzsteuerrechtlich als Angestellter zu gelten hat, bestimmt § 2 Abs. 2 Nr. 1 UmsStG. 1934: die gewerbliche Tätigkeit wird nicht selbständig ausgeübt, soweit natürliche Personen einem Unternehmen derart eingegliedert sind, daß sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet sind. Auch unter der Herrschaft des alten Rechts — das für das Streitjahr 1934 noch anzuwenden ist — hat nach der Rspr. des erk. Sen. nichts anderes gegolten. Mehrfach ist ausgesprochen worden, daß es hierbei auf die Weisungen des Unternehmers hinsichtlich des Ortes, der Zeit und der Art und Weise der Tätigkeit ankomme.

Im Gastwirtsgewerbe pflegen vertragliche Abmachungen zwischen dem Hauptunternehmer und dem Leiter der Gastwirtschaft keine wesentlichen Anhaltspunkte für die Frage der Angestellteneigenschaft zu geben. Bindungen des Gastwirtschaftsleiters hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Tätigkeit ergeben sich ohne weiteres aus der Natur der Sache. Bindungen wirtschaftlicher Art, d. h. Bezugsverpflichtungen, Preisvorschriften, Haftungsbestimmungen, pflegen — nicht nur im Gastwirtsgewerbe, sondern mehr oder weniger bei allen Arten des Kleingewerbes — überall da aufzutreten, wo ein wirtschaftlich wesentlich Stärkerer mit einem wirtschaftlich Schwächeren in vertragliche Geschäftsbeziehungen tritt; auch solche Bindungen können keinen entscheidenden Beitrag zur Lösung der Frage nach der gewerblichen Selbständigkeit bilden. Auch Abreden über andere Einzelheiten, z. B. wer das Inventar zu stellen und gegebenenfalls zu ersetzen hat, wer für die Beleuchtung, Beheizung und Reinigung zu sorgen hat, wie oft abgerechnet werden muß, ob der Gastwirtschaftsleiter ein festes Gehalt oder eine Umsatzbeteiligung erhält usw., können zwar Beweisanzeichen nach der einen oder nach der anderen Richtung geben und damit zu dem letzten Endes entscheidenden Gesamtbild beitragen; eine endgültige Entsch. zu bieten vermögen aber alle diese Punkte in der Regel nicht. Das FinA. kann sich auch nicht danach richten, welche Anschriften der Gastwirtschaftsleiter in und vor der Gaststätte, welche Aufschriften er auf den Speisekarten angebracht hat, oder ob der Hauptunternehmer für den Gastwirtschaftsleiter Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abführt.

Wegen der Unzulänglichkeit all dieser Beweisanzeichen ist der erk. Sen. im Laufe der Zeit dazu gekommen, das Hauptgewicht auf die Entsch. der Frage zu legen, ob der Gastwirtschaftsleiter den Gästen gegenüber als Wirt auftritt. Das geschieht aber in den allermeisten Fällen; und deshalb ist der Senat beinahe ausnahmslos zu dem Ergebnis gekommen, daß der Gastwirt nach Umsatzsteuerrecht als gewerblich selbständiger Unternehmer anzusehen ist und aus den gesamten vereinnahmten Entgelten Umsatzsteuer zu entrichten hat.

Der vorl. Streitfall läßt keine Umstände erkennen, die ausnahmsweise zu einer anderen Beurteilung führen müßten. Auch für die Tätigkeit eines sogenannten Zapfers („Büfettiers") — als solchen bezeichnet sich der StPfl. gelegentlich — wird im Regelfall nichts anderes zu gelten haben.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 27. Mai 1938, V 497/37 S.)

*

× **44. §§ 175—180, 183, 188, 190—201, 204, 441 Abs. 4 RAbgO.; § 2 StAnpG.**

1. Rechtsanwälte und Notare sind verpflichtet, dem FinA. auf Verlangen die Handakten (einschließlich derjenigen Handakten, die Steuer- und Devisenangelegenheiten betreffen) zur Einsichtnahme und Prüfung vorzulegen. Rechtsanwälte können aber die Vorlage von Schriftstücken insoweit ablehnen, als sie nach § 177 RAbgO. zur Auskunftsverweigerung befugt sind.

2. Es macht hinsichtlich der Vorlegungspflicht keinen Unterschied, ob die Vorlegung verlangt wird

a) im Steueraufsichtsverfahren,

b) im Steuerermittlungsverfahren, das sich gegen einen Dritten richtet, oder

c) im Steuerstrafverfahren, das sich gegen einen Dritten richtet.

3. Das FinA. ist befugt, Kontrollmitteilungen zu machen über das, was es aus den Handakten des Rechtsanwalts oder Notars ersehen hat. †)

I. Verpflichtung der Rechtsanwälte im Steueraufsichtsverfahren.

Der Inhalt der Steueraufsicht ist durch § 201 RAbgO. allgemein geregelt. Durch die Steueraufsicht sollen begangene Steuerverkürzungen aufgedeckt und künftige Steuerverkürzungen verhütet werden. In Erfüllung dieser Aufgaben können die FinA. alle ihnen geeignet erscheinenden Maßnahmen treffen. Die Steueraufsicht wendet sich in erster Linie an die Steuerpflichtigen und an diejenigen Personen, die in einem Steueraufsichts- oder Steuerermittlungsverfahren die Feststellung des Sachverhalts oder des Steueranspruchs durch Auskunft, Einsichtgewährung oder Gutachten fördern können (Gutachten Gr S D 1/37 v. 10. April 1937: RStBl. 1937, 539 = JW. 1937, 1748[53] m. Anm.). Daraus folgt, daß durch die Steueraufsicht auch alle Persönlichkeiten erfaßt werden müssen, die berufsmäßig in Rechtsangelegenheiten Rat und Hilfe gewähren. Zu diesen Persönlichkeiten gehören vornehmlich die Rechtsanwälte. Vor den Bedürfnissen der Steueraufsicht muß grundsätzlich das Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts ebenso zurücktreten wie das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis eines Unternehmers. Durch derartige Geheimhaltungsverpflichtungen wird die Steueraufsicht nur insoweit eingeengt, als eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift den Finanzbehörden das Recht auf Offenbarung versagt (zu vgl. Gutachten Gr S D 3/37: RFH. 42, 282.)

a) Wer geschäftsmäßig oder gegen Entgelt anderen Rat oder Hilfe in Steuerangelegenheiten erteilt, hat dem FinA. nach § 199 Abs. 1 RAbgO. auf Verlangen Einsicht in die Geschäftspapiere, die diese Tätigkeit betreffen, zu gewähren. Von dieser Verpflichtung sind durch den 2. Abs. des § 199 die Rechtsanwälte befreit, wenn sie nicht wegen Steuerhinterziehung verurteilt sind. Aus dieser Bestimmung kann eine Einengung der Offenbarungspflicht des Rechtsanwalts in einem gegen ihn nach § 201 gerichteten Steueraufsichtsverfahren nicht entnommen werden. Die Vorschrift des § 199 Abs. 1 RAbgO. ist aus dem Bedürfnis entsprungen, die Geschäftsführung der darin genannten Personen uneingeschränkt jederzeit zu prüfen, auch wenn kein Verdacht besteht, daß Steuereinnahmen verkürzt sind oder verkürzt werden. Die Vorschrift entstammt bereits der ursprünglichen Fassung der RAbgO.; sie ist also in einer Zeit getroffen, in der die allgemeine Steueraufsicht durch § 201 RAbgO. noch nicht gesetzlich angeordnet ist. Wenn die Rechtsanwälte von der besonderen Überwachung des § 199 Abs. 1 befreit sind, so kann daraus nicht geschlossen werden, daß sie deshalb auch bei der Durchführung der allgemeinen Steueraufsicht (§ 201 RAbgO.) eine Bevorzugung erfahren sollen. § 199 Abs. 1 Satz 1 RAbgO. hat durch die Einführung der allgemeinen Steueraufsicht seine Bedeutung zu einem wesentlichen Teil verloren; in dem gleichen Umfang ist auch die im 2. Abs. vorgesehene Sonderregelung für Rechtsanwälte weggefallen.

b) Nach § 177 RAbgO. können die Auskunft verweigern: 1. ... Rechtsanwälte, soweit sie in Strafsachen tätig gewesen sind, 3. Rechtsanwälte über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufs anvertraut ist ...

Die Bestimmung der Ziff. 3 findet nach § 177 Abs. 2 RAbgO. insoweit keine Anwendung, als es sich um Tatsachen handelt, die den Rechtsanwälten bei Beratung oder Vertretung in Steuerangelegenheiten zur Kenntnis gekommen sind, es sei denn, daß es sich um Fragen handelt, deren Bejahung oder Verneinung die Auftraggeber der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen würde.

§ 177 gehört nicht zu den Bestimmungen über die Steueraufsicht (§§ 190 ff.), sondern hat in dem Unterabschnitt „Pflichten anderer Personen zu Auskunft, Einsichtgewährung

und Gutachten" Aufnahme gefunden. Daraus darf aber nach der Auffassung des Gr. Sen. nicht der Schluß gezogen werden, daß das Recht zur Auskunftsverweigerung in den Grenzen des § 177 RAbgO. auf das gegen einen Dritten eingeleitete Steueraufsichts- oder Steuerermittlungsverfahren beschränkt ist. Schon die Fassung des Gesetzes gibt einen Anhalt für diese Auslegung: in § 176 RAbgO. ist das Recht zur Verweigerung der Auskunft ausdrücklich nur für die Fälle des § 175 RAbgO. gewährt; diese Einschränkung fehlt in den §§ 177—180. Es wird kein FinA. auf den Gedanken kommen, einen Pflichtigen in einem gegen ihn eingeleiteten Steueraufsichtsverfahren zu einer Aussage zu veranlassen, obwohl die oberste Reichs- oder Landesbehörde erklärt hat, daß die Aussage dem Wohl des Reichs oder eines Landes nachteilig ist. Diese Beschränkung der Aussagepflicht im Steueraufsichtsverfahren mag als so selbstverständlich erscheinen, daß die Meinung aufkommen könnte, es sei dafür eine besondere Bestimmung nicht nötig. Das ist nicht richtig. Denn es muß auch im Steueraufsichtsverfahren Gewähr dafür gegeben sein, daß der Pflichtige seine Offenbarungspflicht nicht dadurch umgeht, daß er Nachteile für das Reich und ein Land vorschützt. Es muß mit anderen Worten auch im Steueraufsichtsverfahren die oberste Reichs- oder Landesbehörde als bestimmende Instanz darüber eingeschaltet werden, ob die Mitteilung gefordert werden kann oder nicht. Das bedeutet, daß § 180 RAbgO. auch anzuwenden ist, wenn im Steueraufsichtsverfahren eine Äußerung des Pflichtigen verlangt wird. Das gleiche muß auch für die Anwendung der §§ 177—179 gelten. Die Einführung der allgemeinen Steueraufsicht durch § 201 RAbgO. hat dazu geführt, daß Steueraufsicht und Steuerermittlung mehr als früher ineinander übergreifen. Zweifel der FinA. bei der Steuerermittlung werden regelmäßig ihre Klärung durch steueraufsichtliche Maßnahmen finden. Umgekehrt bilden die Ergebnisse der Steueraufsicht regelmäßig einen wesentlichen Bestandteil der Ermittlungen, zu denen das FinA. nach § 204 RAbgO. für die Steuerfestsetzung verpflichtet ist. Unter diesen Umständen würde die den Rechtsanwälten durch § 177 eingeräumte Befugnis zur Auskunftsverweigerung praktisch bedeutungslos werden, wenn sie auf die Fälle des § 175 RAbgO. eingeschränkt würde. Denn das FinA. würde eine vom Rechtsanwalt verweigerte Aussage jederzeit durch eine Steueraufsichtsmaßnahme erzwingen können. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers sein. Es muß daher angenommen werden, daß der Rechtsanwalt die ihm im § 177 RAbgO. eingeräumte Befugnis auch in einem gegen ihn eingeleiteten Steueraufsichtsverfahren genießt. Die gegenteilige im Urt. v. 13. Nov. 1925: RFH. 17, 313, vertretene Auffassung ist einer Rechtslage entsprungen, wie sie vor Einführung der allgemeinen Steueraufsicht gegeben war; seit dem Inkrafttreten des § 201 RAbgO. ist diese Auslegung nicht mehr vertretbar.

Aus der dargelegten Auffassung des Gr. Sen. ergibt sich für den Rechtsanwalt das Recht, die Vorlage der Handakten insoweit zu verweigern, als er die Aussage nach § 177 RAbgO. verweigern darf (§ 183 RAbgO.). Der Rechtsanwalt kann also unter Hinweis auf § 177 RAbgO. nicht etwa die Einsichtnahme in seine gesamten Handakten verweigern. Er muß vielmehr, wenn er von seinen Rechten aus §§ 177, 183 Gebrauch machen will, diejenigen Handakten bezeichnen, die unter das Recht zur Auskunftsverweigerung fallen. Auch innerhalb der einzelnen Handakten darf der Rechtsanwalt dem FinA. die Einsichtnahme in solche Schriftstücke nicht versagen, auf die sich sein Verweigerungsrecht aus § 177 nicht bezieht. Die Befugnis des Rechtsanwalts, bestimmte Schriftstücke der Einsichtnahme vorzuenthalten, muß ihren Ausgleich finden in seiner Verpflichtung, auf Anforderung des FinA. Aktenauszüge, Zusammenstellungen oder Nachweisungen über diejenigen Tatsachen oder Vorgänge herzustellen und vorzulegen, für die er die Aussage nach § 177 RAbgO. nicht verweigern darf. Derartige Anforderungen kann das FinA. nach seinem pflichtgemäßen Ermessen stellen; es hat hierbei die Grundsätze des § 2 StAnpG. zu beachten.

II. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Vorlage der Handakten in einem Steuerermittlungsverfahren, das sich gegen einen Dritten richtet, ist aus den unter I. dargelegten Gründen ebenso zu beurteilen wie die Verpflichtung zur Vorlage in einem gegen den Rechtsanwalt gerichteten Steueraufsichtsverfahren.

III. Das gleiche gilt im Hinblick auf § 441 Abs. 4 RAbgO. für die Verpflichtung des Rechtsanwalts in einem Steuerstrafverfahren, das sich gegen einen Dritten richtet.

IV. Verpflichtung der Notare.

Nach § 188 RAbgO. haben die Reichs-, Staats und Gemeindebehörden, die Beamten und Notare usw. den FinA. jede zur Durchführung der Besteuerung und der den FinA. obliegenden Prüfung und Aufsicht dienliche Hilfe zu leisten, insbesondere Einsicht in ihre Bücher, Verhandlungen, Listen und Urkunden zu gewähren.

Diese Beistandspflicht ist sachlich weit umfassend und erstreckt sich auf jede Hilfeleistung, die zur Durchführung der Besteuerung dienlich ist. Sie setzt kein Steuerermittlungsverfahren oder Steueraufsichtsverfahren in einer bestimmten Richtung voraus und dient vor allem auch der Ermittlung von noch unbekannten Steuerfällen und Steuerpflichtigen (zu vgl. Gutachten Gr S D 3/36 v. 11. Juli 1936: RFH. 39, 291, 292 = JW. 1936, 2668[35]). Da die Beistandspflicht keine Einschränkung und keine Vorbehalte für irgendwelche Gebiete kennt, müssen die Notare auf Anfordern der FinA. auch ihre Handakten gemäß § 188 Abs. 1 vorlegen.

V. Die Befugnis der FinA. zu Kontrollmitteilungen ergibt sich aus der Einrichtung der allgemeinen Steueraufsicht (§ 201 RAbgO.). Was das FinA. aus den Handakten eines Rechtsanwalts oder Notars erfährt, kann es auch im Weg von Kontrollmitteilungen verwerten. Dies gilt auch insoweit, als ein Rechtsanwalt im Einzelfall die Vorlage von Schriftstücken nach den Ausführungen unter I. bis III. verweigern könnte, von dieser Befugnis aber keinen Gebrauch macht.

(RFH., GrSen., Gutachten v. 28. Mai 1938, Gr S D 2/38.)

Anmerkung: 1. Gemäß § 201 RAbgO. haben die FinA. darüber zu wachen, ob durch Steuerflucht oder in sonstiger Weise Steuereinnahmen zu Unrechtt verkürzt werden. Auf Grund dieser Bestimmung hat der Gr. Sen. des RFH. in einem Gutachten v. 10. April 1937 (vgl. JW. 1938, 1748) festgestellt, daß das FinA. von Steuerberatern, ebenso von Helfern in Steuersachen, z. B. auch von Wirtschaftsprüfern, die Vorlage von Kundenverzeichnissen verlangen kann. In der Besprechung dieser Entsch. (JW. a. a. O. S. 1750) habe ich darauf hingewiesen, daß nach diesem Gutachten der RFH. nicht die Auffassung vertreten hat, daß auch die Rechtsanwälte einem solchen finanzamtlichen Überwachungsrecht unterliegen. In dem zur Besprechung gestellten Gutachten des Gr. Sen. vertritt der RFH. die Auffassung, daß auch die Rechtsanwälte uneingeschränkt der Steueraufsicht unterliegen, soweit es sich um deren berufliche Tätigkeit handelt.

Dieser Auffassung des RFH. kann nicht beigetreten werden.

Gemäß § 199 Abs. 1 RAbgO. hat, wer geschäftsmäßig oder gegen Entgelt anderen Rat oder Hilfe in Steuerangelegenheiten erteilt, dem FinA. auf Verlangen in die Geschäftspapiere, die diese Tätigkeit betreffen, Einsicht zu gewähren. Diese Bestimmung gilt gemäß § 199 Abs. 2 RAbgO. nicht für Rechtsanwälte und Notare, sofern sie nicht wegen Steuerhinterziehung oder Teilnahme an einer solchen verurteilt sind. Diese Bestimmung ist geschaffen worden, um das Vertrauen der Steuerrechtsuchenden gegenüber den Rechtsanwälten und Notaren zu stärken.

Der RFH. erklärt, daß § 199 RAbgO. durch die Einführung der allgemeinen Steueraufsicht seine Bedeutung zu einem wesentlichen Teile verloren habe und daß im gleichen Umfange auch die Sonderregelung für die Rechtsanwälte und Notare weggefallen sei. Hierbei übersieht der RFH., daß das Privileg des § 199 Abs. 2 RAbgO. früher auch auf Vertreter beruflicher oder gewerkschaftlicher Vereinigungen ausgedehnt war und daß deren bevorzugte Stellung durch das Reichsgesetz über die Zulassung von Steuerberatern v. 6. Mai 1933, Artikel II 2, gestrichen worden ist. Das Reichsgesetz v. 6. Mai 1933 hat also ausdrücklich das Privileg der Rechtsanwälte und Notare aufrechterhalten. Auch bei späteren Änderungen der RAbgO. ist niemals an eine Beseitigung des § 199 Abs. 2 gedacht worden. § 199 Abs. 2 RAbgO. ist also geltendes Recht und von der Reichsfinanzverwaltung zu beachten.

Demgemäß können die FinA. von den Rechtsanwälten und Notaren nicht Einsicht in die Geschäftspapiere verlangen, soweit es sich um eine steuerrechtliche Tätigkeit handelt. Durch § 199 Abs. 1 RAbgO. sollte Mißbräuchen im Steuerberatungswesen vorgebeugt werden. Solche Mißbräuche sind in der Berufsausübung der Rechtsanwälte und Notare nicht zu verzeichnen.

2. Außerhalb steuerrechtlicher Tätigkeit der Rechtsanwälte und Notare sind die Rechtsanwälte zur Vorlage der Handakten und Schriftstücke verpflichtet, soweit ihnen kein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht (§ 175 RAbgO.). Ein Auskunftsverweigerungsrecht der Notare ist im § 177 RAbgO. nicht vorgesehen. Es entfällt auch um deswillen, weil die Notare verpflichtet sind, gemäß § 188 RAbgO. Steuerhilfe zu leisten, insbesondere Einsicht in die Bücher, Verhandlungen, Listen und Urkunden zu gewähren. Diese Verpflichtung besteht uneinge-

schränkt für Notare mit Ausnahme der Einsicht in Akten, in denen Rat oder Hilfe in Steuerangelegenheiten erteilt worden ist (§ 199 Abs. 2 RAbgO.).

3. Soweit die Finanzbehörden Einsicht in die Handakten u. dgl. erlangen, sind sie befugt, ohne Rücksicht darauf, ob die Vorlage von Schriftstücken hätte verweigert werden können, Kontrollmitteilungen zu machen. Kontrollmitteilungen sind lediglich Nachrichten innerhalb der Organisation der Reichsfinanzverwaltung, die dazu dienen, unbekannte Steuerfälle aufzudecken oder die Steuerehrlichkeit der Steuerpflichtigen zu kontrollieren. Gesetzliche Einschränkungen zur Vornahme von Kontrollmitteilungen bestehen nicht.

Dr. Dr. Megow, Berlin, Rechtsanwalt u. Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

45. § 33 ErbschStG. Ein Bescheid, durch den nach rechtskräftiger Feststellung der Besteuerungsgrundlagen einem Antrag nach § 33 ErbschStG. stattgegeben wird, kann nicht mit der Begründung angefochten werden, daß die Besteuerungsgrundlagen unrichtig festgesetzt seien.

Die Eheleute X. hatten letztwillig bestimmt, ihr Wohnhaus solle beim Tod des Letztversterbenden als Vermächtnis an die BeschwF. — eine mildtätige Stiftung — fallen mit der Auflage, daß die BeschwF. den Erlös für das Grundstück zum lebenslänglichen Unterhalt des Pflegesohns der Erblasser verwenden solle. Nach dem Anfall des Vermächtnisses stellte das FinA. die BeschwF. für ihren Erwerb auf Grund des ErbschStG. § 18 Abs. 1 Nr. 19 a von der Erbschaftsteuer frei und setzte gegen den Pflegesohn nach dem Kapitalwert seines Erwerbs Erbschaftsteuer fest. Da die Steuer von dem Pflegesohn nicht beizutreiben war, nahm das FinA. die BeschwF. auf Grund des ErbschStG. § 15 Abs. 5 als Haftende für die Steuer in Anspruch. Der Haftungsbescheid wurde rechtskräftig. Darauf beantragte die BeschwF., daß sie die Steuer nach § 33 ErbschStG. vom Jahreswert der Leistungen statt vom Kapitalwert entrichten könne. Diesem Antrag gab das FinA. durch einen „Steuerbescheid nach § 33 ErbschStG." statt. Im Einspruch gegen diesen Bescheid machte die BeschwF. geltend, daß sie für die Steuer des Pflegesohns zu Unrecht haftbar gemacht worden sei. Die Vorbehörden haben unter Hinweis auf § 234 RAbgO. die Auffassung vertreten, daß die Frage der Haftung rechtskräftig entschieden sei und im vorl. Verfahren nicht wieder aufgerollt werden könne.

Die RBeschw. ist unbegründet. Unrichtig ist allerdings die Auffassung des FinGer., daß der Bescheid, der die Besteuerung nach dem Jahreswert angeordnet hat, keine Steuernachforderung enthalte, sondern lediglich die im Haftungsbescheid festgesetzte Steuerschuld auf 13 Jahre verteile. Wird einem Antrag nach § 33 ErbschStG. stattgegeben, so ist die Steuer vom Jahreswert grundsätzlich für die Lebensdauer des Bezugsberechtigten zu zahlen, was der umstrittene Bescheid des FinA. auch ausspricht (Urt. v. 28. Mai 1929, V e A 885/28: RFH. 25, 165). Es kann dabei im Gesamterfolg ein höherer oder auch ein niedrigerer Steuerbetrag zu entrichten sein als bei einer Versteuerung vom Kapitalwert. Gleichwohl ist der Vorentscheidung im Ergebnis beizutreten. Durch die Anwendung des § 33 ErbschStG. wird die Besteuerungsgrundlage nicht berührt. Die Vorschrift gibt nur die Möglichkeit zu einer vom Regelfall abweichenden Berechnung und Entrichtung der Steuer. Wird also nach rechtskräftiger Feststellung der Besteuerungsgrundlagen durch einen selbständigen Bescheid über einen Antrag auf Anwendung des § 33 ErbschStG. entschieden, so kann dieser Bescheid im Rechtsmittelverfahren nur insoweit angefochten werden, wie sein Zweck und sein Inhalt reichen, also nur mit der Begründung, daß er die Vorschrift des § 33 ErbschStG. unrichtig angewendet oder ihre Anwendung zu Unrecht abgelehnt habe. Eine Aufrollung des Steuerfalls auch im übrigen, insbes. also ein Angriff gegen die Steuerpflicht überhaupt oder gegen die Höhe des steuerpflichtigen Erwerbs, ist in diesem Verfahren nicht mehr zulässig. Auf die äußere Form, in der der Bescheid nach § 33 ErbschStG. erlassen worden ist, kommt es dabei nicht an. Hiernach kann sich der Senat nicht mit den Einwendungen der BeschwF. gegen ihre Inanspruchnahme für die Steuer des Pflegesohns befassen. Gegen die Art der Anwendung des § 33 ErbschStG. hat die BeschwF. nichts eingewendet; in dieser Richtung liegen auch keine Fehler vor. Der angefochtene Bescheid ist also zu Recht ergangen.

(RFH., Urt. v. 23. Juni 1938, III e 37/38.)

*

46. §§ 103, 108, 109 RAbgO. Haftet ein mit der Ausführung einer Schenkung Beauftragter für die Schenkungsteuer? †)

Der BeschwF. erhielt in den Jahren 1929—1931 von seinem in Amerika lebenden Sohn Geldbeträge in Höhe von zusammen 13 660 RM mit der Bestimmung, daß er das Geld für die Aussteuerung seiner Tochter verwenden solle, falls diese heiraten werde. Er legte das Geld zunächst in seinem Geschäft an, behandelte es als ein ihm selbst gegebenes Darlehen und schrieb seinem Sohn Zinsen gut. Als dann die Tochter im Sommer 1935 ihren jetzigen Ehemann in Zürich kennenlernte und ihn im Sept. 1935 heiratete, stellte der BeschwF. ihr den Geldbetrag, der durch die Zinsengutschrift auf 17 657 RM angewachsen war, zur Verfügung. In diesem Vorgang erblickte das FinA. eine Schenkung des Sohns an seine Schwester. Da die Schwester inzwischen zu ihrem Ehemann in die Schweiz gezogen war, konnte die Steuer weder von ihr noch von ihrem Bruder eingezogen werden. Das FinA. nahm darauf auf Grund der §§ 103, 108, 109 RAbgO. den BeschwF. für die Steuer in Anspruch. Der BeschwF. behauptet, daß überhaupt keine Schenkung vorliege, weil seine Tochter die Beträge dem Sohn zurückerstatten müsse. Jedenfalls bestreitet er, daß er für die Steuer hafte.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Die Behauptung, daß der Sohn das Geld nicht geschenkt, sondern nur geliehen habe, hat das FinGer. als unglaubwürdig bezeichnet, und zwar mit Rücksicht darauf, daß der BeschwF. im Veranlagungsverfahren von einer Pflicht zur Rückerstattung nicht gesprochen hat und mit diesem Einwand erst später gekommen ist.

Hiernach ist davon auszugehen, daß eine Schenkung des Bruders an seine Schwester vorliegt und hierfür eine Schenkungsteuerschuld entstanden ist. Für die Frage, ob der BeschwF. für diese Steuerschuld haftet, kommt es, wie das FinGer. zutreffend ausführt, darauf an, ob der BeschwF. als Bevollmächtigter seines Sohns über dessen Vermögenswerte so verfügen konnte, daß er dessen steuerliche Pflichten zu erfüllen vermochte (Urt. v. 13. April 1937, I A 211/36: RFH. 41, 203 = JW. 1937, 2007[38] m. Anm.). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der BeschwF. sollte die ihm überwiesenen Gelder solange für den Sohn verwalten, bis die Tochter heiratete, und er sollte sie dann für Rechnung des Sohns zur Aussteuerung der Tochter verwenden. Seine Stellung ähnelte der eines Testamentsvollstreckers, der Nachlaßwerte beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses an einen Dritten abzuführen hat (vgl. § 106 Abs. 1 u. 2 AbgO.). Als die Heirat der Tochter bevorstand und damit der Anlaß zu der dem Auftrag entsprechenden Verwendung der Gelder gegeben war, war der BeschwF. in der Lage, vor der Abführung der Gelder an die Tochter die Schenkungssteuerschuld zu bezahlen. Er wendet ein, er habe dem Sohn das Geld darlehnsweise geschuldet, und die Tochter habe dadurch, daß der Sohn ihr seine Darlehnsforderung abgetreten habe, einen Anspruch auf Auszahlung des Geldes ohne jeden Abzug erlangt. Dieser Einwand geht fehl. Wenn die Darlehnsforderung an die Tochter abgetreten worden ist, so hatte diese Maßnahme den Sinn, der Tochter einen ihr vorher fehlenden Rechtsanspruch auf Erfüllung des dem BeschwF. erteilten Auftrags zu geben. An der Rechtsstellung des BeschwF. zu seinem Sohn und zu dem seiner Verwaltung unterliegenden Vermögen änderte sich dadurch nichts. Die Tochter konnte lediglich verlangen, daß der BeschwF. das in seinem Geschäft angelegte Vermögen wieder flüssig machte und ihr unter Erfüllung der ihm als Bevollmächtigten obliegenden Steuerpflichten aushändigte. Dadurch, daß der BeschwF. für die Steuerentrichtung aus den von ihm verwalteten Mitteln nicht gesorgt hat, obwohl er dazu in der Lage war und nach den bedenkenfreien Feststellungen des FinGer., auch über die Entstehung der Schenkungsteuerschuld nicht im Zweifel sein konnte, ist seine Haftung nach § 109 RAbgO. entstanden.

(RFH., III e Sen., Urt. v. 10. März 1938, III e 11/38.)

Anmerkung: 1. Nach dem Tatbestande leiht ein Sohn seinem Vater Geld mit der Bestimmung, es an die Tochter (Schwester des Sohnes) zu zahlen, sobald die Tochter sich verheiratet. Dies geschieht.

2. Der Bruder schenkt seiner Schwester den dem Vater gegebenen Betrag nebst Zinsen. Hierdurch entsteht eine Schenkungsteuer (Steuerklasse III, 9%, bei 17 600 RM = 1584 RM).

3. Da die Schenkungsteuer von der Tochter nicht beigetrieben werden kann, wird der Vater gemäß § 109 Abs. 1 RAbgO. haftbar gemacht. Nach dieser Bestimmung haften die Bevollmächtigten, die befugt sind, über Vermögensstücke zu verfügen, für die Erfüllung aller steuerlichen Pflichten, die den

Vertretenen obliegen. Insbesondere haben diese Bevollmächtigten dafür zu sorgen, daß die Steuern aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Diese Bevollmächtigten haften bei schuldhafter Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten gemäß § 109 RAbgO. persönlich neben dem Steuerpflichtigen. Der Vater konnte, wie das Urteil feststellt, nicht darüber im Zweifel sein, daß die Steuerschuld entstanden war. Er hätte also für die Abführung der Erbschaftssteuer aus den von seinem Sohn an seine Tochter geschenkten Beträgen Sorge tragen müssen.

4. Die Entsch. des RFH. ist auch für die Berufsausübung der Rechtsanwälte und Notare von besonderer Bedeutung. Soweit diese Mittel verwalten, haben sie ebenfalls für die Zahlung der Steuern aus den verwalteten Mitteln Sorge zu tragen und auch die sonstigen Steuerpflichten zu erfüllen (z. B. Steuererklärungen abzugeben).

Gemäß § 109 Abs. 2 RAbgO. sind jedoch Rechtsanwälte wegen Handlungen, die sie in Ausübung ihres Berufs bei der Beratung in Steuersachen vorgenommen haben, dem Reiche gegenüber nur dann schadensersatzpflichtig, wenn diese Handlungen eine Verletzung ihrer Berufspflicht enthalten. Ob eine solche Verletzung der Berufspflicht vorliegt, wird auf Antrag des ObFinPräs. im ehrengerichtlichen Verfahren nach der RRAO. entschieden. Diese Haftungsbeschränkung für die Rechtsanwälte tritt jedoch nicht ein, wenn diese selbst handelnd kraft einer ihnen persönlich übertragenen Aufgabe tätig werden, z. B. als Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Vormund usw.

Dr. Dr. Megow, Berlin, Rechtsanwalt u. Notar, Fachanwalt für Steuerrecht.

Reichsversicherungsamt

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

○ **47. §§ 195 a, 205 a RVO. Eine Entbindung i. S. dieser Vorschriften liegt entsprechend der jetzt herrschenden medizinischen Auffassung vor, wenn ein Kind entweder lebend geboren wird, d. h. wenn die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat (Lebendgeburt), oder wenn eine Totgeburt eine Körperlänge von wenigstens 35 Zentimeter hat. Totgeborene Früchte, die weniger als 35 Zentimeter lang sind, sind Fehlgeburten. Die bisherige Unterscheidung der Fehlgeburt von der Entbindung danach, ob die 27. Schwangerschaftswoche zurückgelegt war (vgl. Entsch. 2678 II und 2973 II: RVersARachr. 1921, 433; 1926, 360 = EuM. 13, 46; 19, 19), wird hiernach nicht aufrechterhalten.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 10. Juni 1938, II a K 94/37 [1].) [K.]

*

○ **48. § 1286 RVO. u. F. Auch wenn bei vorübergehender Invalidität Krankengeld bezogen wird, gilt für den Rentenbeginn vorbehaltlich des § 1286 Abs. 2 RVO. die allgemeine Regel des § 1286 Abs. 1 1. Halbs. RVO., wonach die Rente mit dem Ablauf des Kalendermonats beginnt, in dem ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Der jetzt geltende § 1286 i. d. Fass. des AndG. v. 23. Dez. 1936 (RGBl. I, 1128) enthält insofern gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Änderung. Die allgemeine Regel, daß die Rente mit dem Ablauf des Kalendermonats beginnt, in dem ihre Voraussetzungen erfüllt sind, erleidet keine Ausnahme mehr in der Richtung, daß die Rente unter Umständen (beim Bezug von Krankengeld und bei vorübergehender Invalidität) vor diesem Zeitpunkt einsetzen könnte.

(RVersA., 2. RevSen., Urt. v. 2. Juni 1938, II a 2696/37 [2].) [K.]

*

○ **49. In einem bei Erlaß des RentenAusbauG. v. 21. Dez. 1937 (RGBl. I, 1393) noch schwebenden Verfahren über einen Anspruch auf Invalidenrente wegen Vollendung des 65. Lebensjahres (§ 1253 Nr. 3 RVO.) können die günstigeren Vorschriften über die Halbdeckung nach § 117 Abs. 1 dieses Gesetzes auch dann angewendet werden, wenn bereits vor dem 1. Jan. 1936 das 65. Lebensjahr vollendet und vor diesem Stichtage dieser Rentenanspruch erhoben worden ist. Denn nach der ständigen Rspr. des RVersA. (vgl. Entsch. 3092: RVersARachr. 1927, 432 = EuM. 21, 249 Nr. 120; EuM. 34, 400 Nr. 158; und Entsch. 5196: ARachrfRVers. 1938, IV 196) wird der Versicherungsfall der Altersinvalidenrente nicht ohne weiteres mit der Vollendung des 65. Lebensjahres voll wirksam. Auch auf den Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung kommt es nicht entscheidend an; vielmehr kann der Versicherte selbst bestimmen, in welche spätere Zeit er diesen Versicherungsfall für sich verlegen will. Ist sonach der Eintritt der Wirksamkeit des Versicherungsfalls von dem Willen des Rentenbewerbers abhängig, so kann das Aufleben dieser Anspruchsvoraussetzung auch in einem bereits anhängigen Verfahren solange hinausgeschoben werden, bis die sämtlichen übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Altersinvalidenrente gegeben sind. Auf diesem Wege kann die begehrte Leistung gesichert werden; allerdings ist dann im Hinblick auf § 1286 Abs. 1 RVO. ein späterer Rentenbeginn in Kauf zu nehmen.

(RVersA., 3. RevSen., Urt. v. 12. Mai 1938, II a 1902/36 [3].) [K.]

*

○ **50. Art. 35 des deutsch-polnischen Vertrages über Sozialversicherung v. 11. Juni 1931 (RGBl. 1933, II, 645). Der polnische Versicherungsträger hat die Leistung aus der deutschen Invalidenversicherung dann zu übernehmen, wenn der Versicherte vor dem 1. Jan. 1923 die deutsche Altersrente nach § 1257 RVO. und anschließend daran vom 1. Jan. 1923 ab die Altersinvalidenrente nach § 1255 RVO. bezogen hat. Denn als maßgeblicher Stichtag i. S. des Art. 35 ist in einem derartigen Falle der Zeitpunkt anzusehen, in dem der Kl. das 65. Lebensjahr erreicht und den Antrag auf Gewährung der Altersrente gestellt hat.

(RVersA., 6. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 1. April 1938, III a Kn 486/37 [6].) [K.]

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

51. § 17 StAnpG. Ein israelitischer Verein, der die Unterstützung in Not geratener Mitglieder, die Förderung jüdischen Wissens und Seelenandachten für verstorbene Mitglieder zum Zwecke hat, kann nicht gemeinnützig i. S. des Steuerrechts sein.

Nach § 17 StAnpG. sind gemeinnützig solche Zwecke, durch deren Erfüllung ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit gefördert wird. Eine Förderung der Allgemeinheit ist aber nur anzunehmen, wenn die Tätigkeit dem gemeinen Besten, d. h. dem Wohl der deutschen Volksgemeinschaft auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiete nutzt. Ob dies der Fall ist, beantwortet sich nach den Anschauungen der Volksgesamtheit (§ 17 Abs. 2). Nur unter diesen Voraussetzungen erkennt § 17 Abs. 3 Nr. 2 als Förderung der Allgemeinheit u. a. die Förderung der Wissenschaft, Religion und Berufsausbildung an. Nach den Anschauungen der Volksgesamtheit dienen nun aber auf keinen Fall die von dem israelitischen Verein „Ohel Jacob" e. V. bezweckte Förderung und Unterstützung jüdischen Wissens sowie die materielle Unterstützung derer, die diesem Studium obliegen, und die Pflege jüdisch-religiöser Seelenandachten dem Wohl der deutschen Volksgemeinschaft, weil dazu die Angehörigen der jüdischen Rasse und Religion nicht gehören. Auch die Unterstützung der in Not geratenen Mitglieder eines jüdischen Vereins und die Gewährung unverzinslicher Darlehen dient nicht dem Wohl der deutschen Volksgemeinschaft. Deshalb sind die satzungsgemäßen Zwecke des klagenden Vereins weder ganz noch zum Teil gemeinnützig. Sie sind dies überdies auch noch aus dem weiteren Grunde nicht, weil nach § 17 Abs. 4 StAnpG. ein Personenkreis nicht als Allgemeinheit anzuerkennen ist, wenn die Zahl der in Betracht kommenden Personen infolge seiner Abgrenzung nach örtlichen Merkmalen und dem Religionsbekenntnis dauernd nur klein sein kann. Denn nach § 2 der Vereinssatzung können nur Juden Mitglieder des klagenden Vereins werden, die einen Platz in seiner Synagoge haben. Soweit der Kl. in der Förderung jüdischen Wissens und der Verrichtung jüdischer Seelenandachten religiöse Zwecke gesehen wissen will, kann er damit ebenfalls die behauptete Gemeinnützigkeit seiner Zwecke nicht begründen, denn religiöse Zwecke sind nicht gemeinnützige Zwecke. Sonach scheidet die Anerkennung gemeinnütziger Zwecke gänzlich aus.

(SächsOVG., Urt. v. 30. Juni 1938, 89 II/37.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 2. Vj. 38: 20000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.